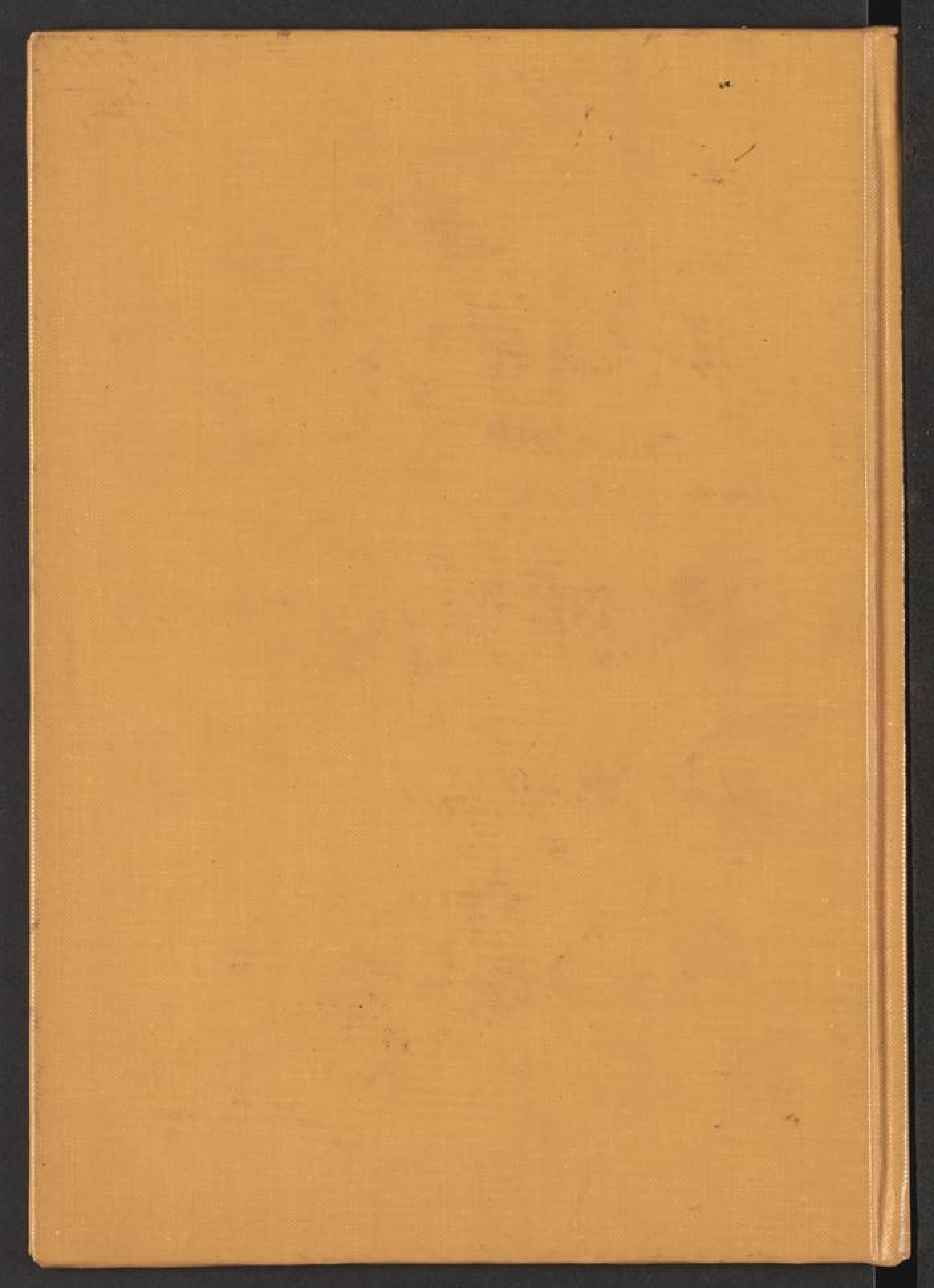
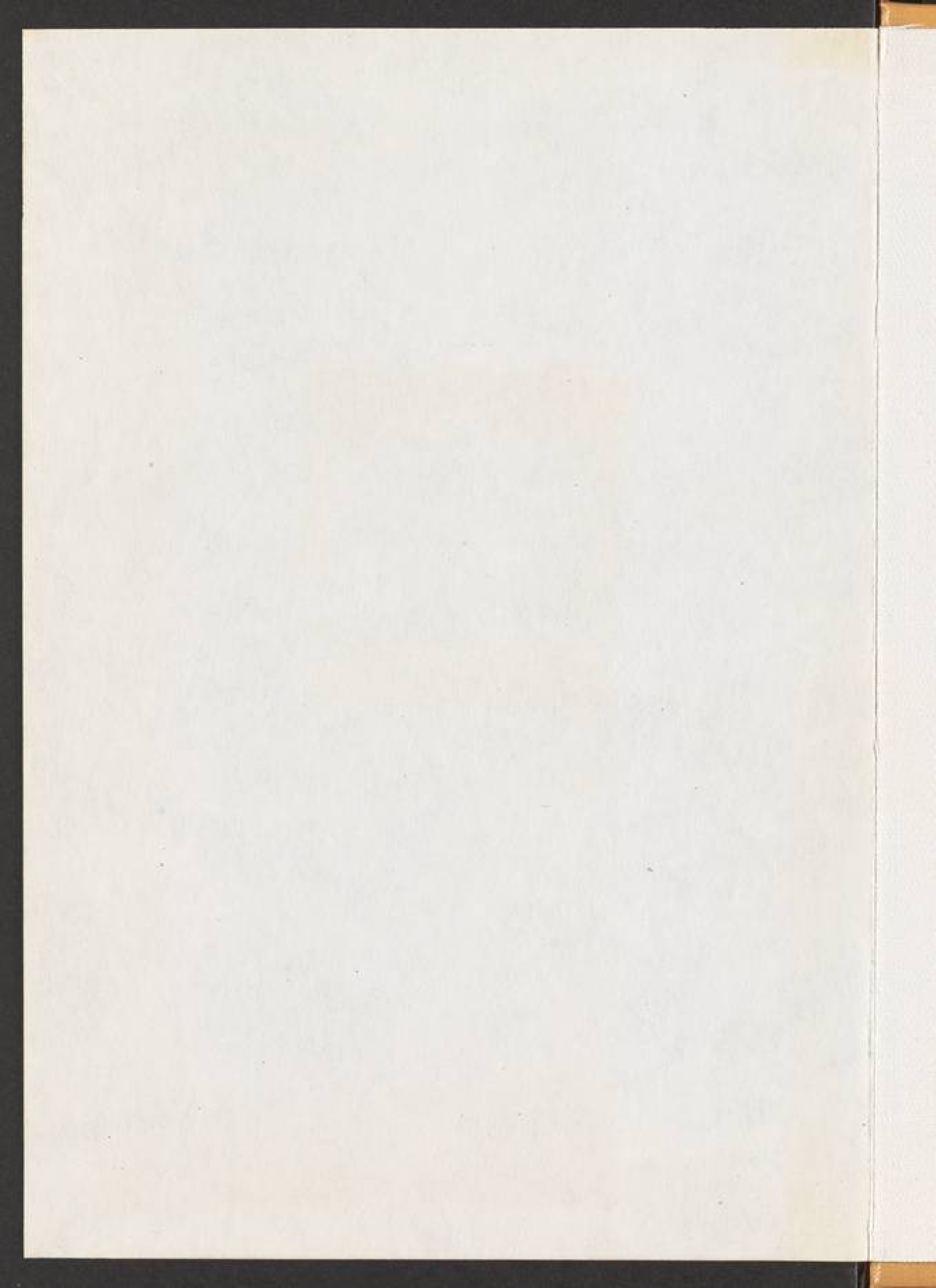
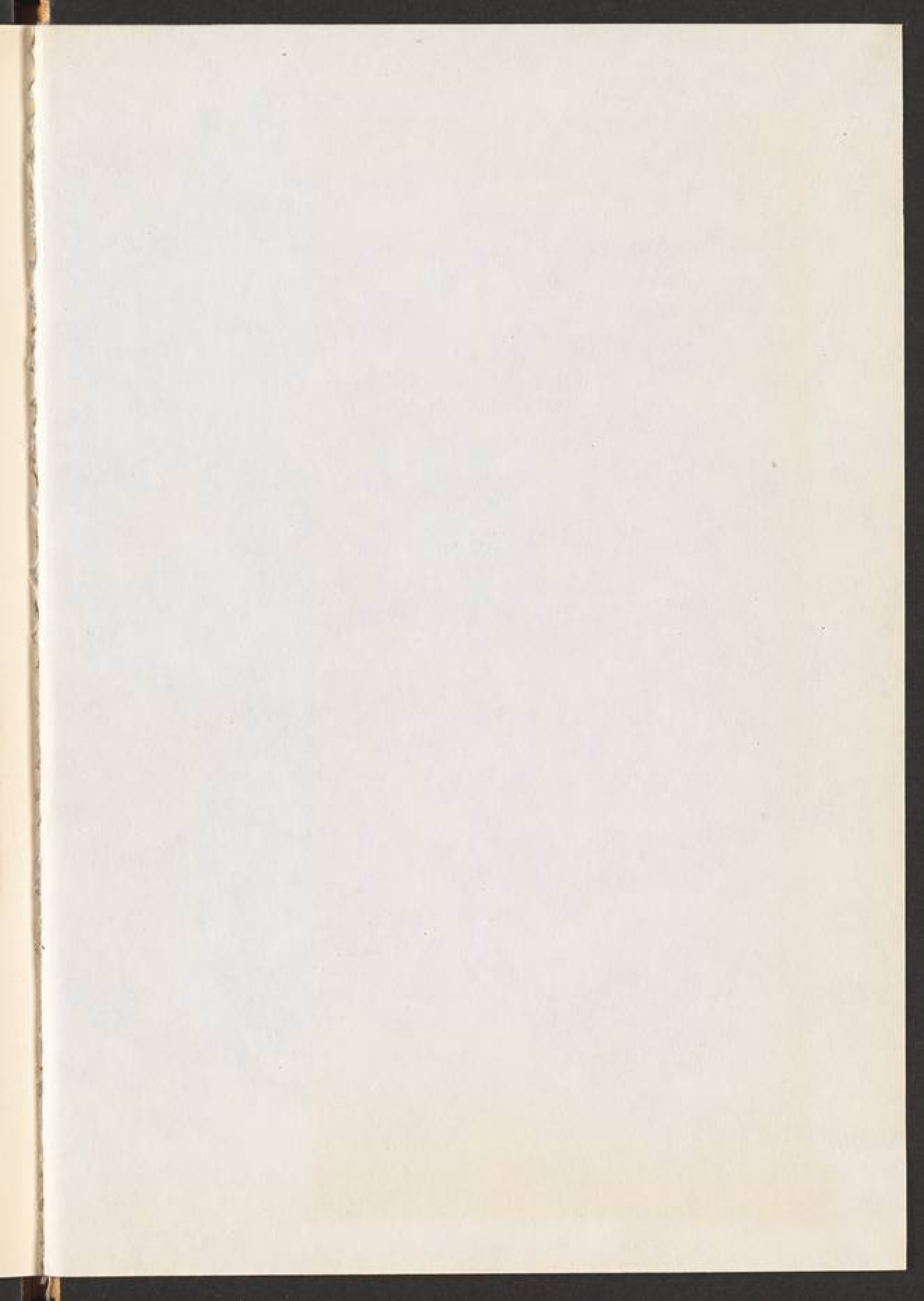






القانون المدنى العـــراقى

al-Zūnun, Hasan

جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية

(Muhadarat fi al-qānūn al-madanī al-Irāqi)

محاضرات
في
القانون المدني العراقي

مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقارى

ألقاها

الدكتور

حسن الذنون

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

١٩٥٥

كلمة تمهيدية وخطة البحث

١ — ينقسم القانون المدنى العراقى إلى قسمين : أولهما للحقوق الشخصية (أو الالتزامات) وثانيهما للحقوق العينية .

ويتفرع كل من هذين القسمين إلى كتابين : فالكتاب الأول من القسم الأول خصص للالتزامات (مصادرها وأحكامها) والكتاب الثانى منه للعقود المسماة .

والكتاب الأول من القسم الثانى (وهو الكتاب الثالث من القانون) خصص للحقوق العينية الأصلية ، وخصص الكتاب الثانى منه (وهو الكتاب الرابع من القانون) للحقوق العينية التبعية (أو التأمينات العينية) .

والصفة العينية هى التى تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية ، فهذه الحقوق جميعاً تشترك فى معنى واحد هو أن كل حق منها إذا حلل تكشف عن سلطة مباشرة يغدقها القانون لشخص على شىء معين . إلا أن لكل من هذين النوعين من الحقوق العينية مميزاته الخاصة ، فالحقوق العينية الأصلية قائمة بنفسها مقصودة لذاتها لا تحتاج فى قيامها إلى شىء آخر أو حق تستند إليه ، وهى حقوق يغلب فيها الدوام بل إن حق الملكية وهو الحق الذى تتفرع عنه كل الحقوق العينية الأصلية هو حق دائم لا يزول ، ومثل هذا يقال فى حق التصرف .

أما الحقوق العينية التبعية فلا تقوم بنفسها وليست مقصودة لذاتها ، بل إنها تستند فى قيامها إلى حق شخصى تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعيت بالتأمينات العينية ، وهى حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذى ضمنته . وتتميز الحقوق العينية التبعية أخيرا بأنها تخول صاحبها حق التقدم والتتبع وهذان لا يظهران فى الحقوق العينية الأصلية بوضوح .

٢ — عددت المادة (٦٨) الحقوق العينيّة بنصها على أن « ١ — الحقوق العينيّة الأصلية هي حق الملكيّة وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة ، وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة . ٢ — والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز » .

٣ — يفهم مما تقدم أنني سأعرض عليكم نصوص القانون المدني العراقي المخصصة لحق الملكية استعراضاً سريعاً بالقدر الذي يتسع له الوقت ، ثم أقف بعد هذا عند حق التصرف والعقر وهو حق لا نظير له في القانون المدني المصري ، ثم أنتقل إلى بحث شهر التصرفات العقارية في العراق وفقاً لنظام الطابو رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٣ ، ثم انتهى بعد كل هذا إلى بحث التأمينات العينية وسأقصر الكلام عنها في الرهن التأميني وحده إن كان في الوقت متسع .

الفصل الأول

حق الملكية

٤ — عنى المشرع العراقى بحق الملكية عناية ظاهرة فأفرد لها باباً مستقلا ، وأفرد لبقية الحقوق العينية الأصلية باباً آخر . وقسم الباب المخصص لحق الملكية إلى فصلين : أولهما لحق الملكية فى ذاته ، وثانيهما لأسباب كسب الملكية وعلى هذا النحو نسير .

المبحث الأول

حق الملكية فى ذاته

نتولى فى هذا المبحث بحث المسائل الثلاث التالية باختصار شديد .

١ — تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها .

٢ — القيود التى ترد على حق الملكية .

٣ — أنواع خاصة من الملكية .

أولا : تعريف الملكية وعناصرها ونطاقها

٥ — عرف المشرع العراقى الملكية على النحو الآتى « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة ، (م١٠٤٨) (٨٠٢ مصرى ، ٧٦٨ سورى) ، وقد نقل المشرع العراقى هذا التعريف عن مرشد الحيران (م ١١) . ونحن نرى أن النص على أن الملكية حق يعطي لصاحبه التصرف فيما يملكه تصرفا مطلقاً يعود بنا إلى الوراء قروناً متعددة حيث كانت النزعة الفردية سائدة وحيث كانت الحقوق مطلقة لايكاد يحدها حد ، ومنذ أواسط القرن التاسع عشر أخذ الفقهاء يوجهون سهام نقدهم إلى هذه الأفكار الفردية وأصبح قيام

حقوق مطلقة أمراً لا يقره فقيه من الفقهاء المحدثين ، ومع هذا فإن نص المشرع العراقى على أن للمالك أن يتصرف فى ملكه « بجميع التصرفات الجائزة » فيه إشارة مبهمة إلى أنه يميل إلى الأخذ بهذا التطور الفقهى .

٦ — ويفهم من النص المتقدم أن حق الملكية يعطى لصاحبه حق « المنفعة والاستغلال والتصرف » . وهذه هى عناصر الملكية التى أقرها الفقه المدنى ، فالتصرف عمل مادى أو قانونى إذا انصب على الشىء أخرجه من الذمة أو أهلكه ، والاستغلال يراد به الحصول على ثمار الشىء الذى يكون قابلاً لإنتاجها والمنفعة يراد بها استخدام الشىء فى وجوه الاستعمال التى أعد لها .

٧ — وتتناول المادة (١٠٤٩) بيان نطاق حق الملكية فهى تقضى بأن « ١ — مالك الشىء يملك كل ما يعد فى حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير . ٢ — وملكية الأرض تشمل مافوقها علواً وما تحتها سفلا إلى الحد المفيد فى التمتع بها . ٣ — ويجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » . هذا وأحب أن ألفت النظر هنا إلى أمرين : أولهما أن نص الفقرة الأولى من المادة (٨٠٣) من القانون المدنى المصرى كان عند تقديمه إلى البرلمان مطابقاً لنص الفقرة الأولى من التشريع العراقى إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « فى العرف » ، لأن العرف ليس هو المرجع الأول فى تحديد عناصر الشىء الجوهرية ، بل يرجع فى ذلك أولا إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك وكان يجدر بالمشرع العراقى أن يقر هذا التعديل ، وثانيهما أن الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة أجازت فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية مافوقها وعن ملكية ماتحتها ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو تشريعات خاصة ، كتشريعات المناجم والمحاجر والمقالع ، وما حق القرار وحق الحكر وحق المساطحة إلا ضروب من ملكية ما فوق سطح الأرض .

٨ — وتقرر المادة (١٠٥٠) أنه «لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها . ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما» وهذا النص ترديد وتأكيد للمادة العاشرة من القانون الأساسى (الدستور) العراقى التى تقرر صيانة حق الملكية .

هذا ويلاحظ أن المادة السالفة من القانون المدنى لا تتعارض مع أحكام قانون الاستملاك الصادر سنة ١٩٣٤ ولا مع التعديلات التى أدخلت عليه بعد ذلك ، ويلاحظ ثانياً أن حماية الملكية ليست قاصرة على رد الاعتداء الواقع عليها من جهات الإدارة بل إنها محمية ضد اعتداء الأفراد كذلك ومظهر هذه الحماية هو دعوى الاستحقاق التى يرفعها مدعى الملكية على شخص يحوز الشىء المتنازع فى ملكيته ، وهذه الدعوى لا تسقط بمضى المدة .

ثانياً : القيود التى ترد على الملكية

٩ — يقسم الفقهاء القيود التى ترد على حق الملكية إلى قسمين : أولهما قيود قانونية ، وثانيهما قيود اتفاقية ، ويفرعون القيود القانونية إلى فرعين : فهى إما أن تكون مقررة لمصلحة خاصة ، وإما أن تكون مقررة لمصلحة عامة . ونحن سنتابع فى شرح هذه القيود نصوص القانون المدنى العراقى فنتولى دراستها على النحو الآتى :

١٠ — (ا) التزامات (أو ارتفاقات) الجوار : تقرر المادة (١٠٥١) أنه «١ — لايجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفا مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا أو قديما . ٢ — وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله أيضا أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع . ٣ — وإذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا

مشروعا لجاء آخر وأحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه ».

ويلاحظ أن هذه المادة مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى أقرها المشرع العراقى فى المادة السابعة منه ، والضرر الفاحش كما تعرفه المجلة ومرشد الحيران هو ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو منع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، فإذا ما أخل الجار بالتزامات الجوار فقد حقت عليه المسئولية وجاز للضار أن يطالب بإزالة الضرر إذا كان هذا ممكناً أو الحكم له بتعويض . ولم يكتف المشرع بالنص على وجوب إزالة الضرر الفاحش بعد وقوعه بل إنه نص فى الفقرة الثانية من المادة السالفة على جواز المطالبة بمنعه قبل وقوعه فالوقاية خير من العلاج ودفع الضرر خير من إزالة أثره ، فللمالك المهدد بضرر يصيبه من جراء حفر أو أعمال أخرى يقوم بها جاره أن يلزم هذا الجار فى قضية مستعجلة باتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر بل إن له أن يطلب وقف هذه الأعمال حتى تفصل المحكمة فى موضوع النزاع . والفقرة الثالثة من المادة السالفة من باب اللغو فضلاً عما فيها من لبس وغموض قد يصرف معناها إلى غير ما أراده المشرع وهى منقولة نقلاً حرفياً عن صدر المادة (١٢٠٧) من المجلة وتزيد مادة المجلة على النص المتقدم أمثلة توضحه فتقول : مثلاً إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع بنفسه مضرته وليس له حق أن يدعى على صاحب الدار القديمة ، كما أنه لو أحدث أحد داراً فى عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد بدعوى أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد ، وكذا إذا أحدث أحد داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بدعوى أن غبار البيدر يصيب داره .

١١ — ب — حق المسيل : — عالج المشرع العراقى حق المسيل فى المواد (١٠٥٢ — ١٠٥٤) ويفهم من هذه المواد أن المشرع العراقى

يفرق بين المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة كمياه الأمطار والعيون النابعة وبين المياه التى يستنبطها مالك الأرض بحفر أو سبر أو نحوهما .

فبالنسبة للمياه الطبيعية يحق لمالك الأرض أن يستعمل هذه المياه وأن ينتفع بها على النحو الذى يراه وعلى صاحب الأرض المنخفضة أن يتحمل سيل هذه المياه فى أرضه وليس له أن يطالب بأى تعويض ما دامت المياه ناشئة عن فعل الطبيعة لأن هذا يعتبر سبباً أجنبياً تنتفى معه المسئولية . ويتحمل مالك الأرض المنخفضة فوق هذا بالتزام سلبى هو أن يمتنع عن إقامة سد أو حاجز يصد الماء أو يعيق سيره. إلا أنه ليس معنى هذا أن لمالك الأرض العالية أن يوجه صرف هذه المياه الزائدة كما يشاء إذ عليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة وإلا فإنه يكون ملزماً بالتعويض .

أما بالنسبة للمياه التى يستنبطها المالك بفعله فإن المشرع قرر لها كذلك حق المسيل على الأراضى الواطئة المجاورة فمثل هذا الحق ضرورة لا بد منها ، إلا أنه لاحظ أن تحمل الأرض الواطئة للسيل قد يلحق بصاحبها ضرراً فى معظم الحالات ولاحظ من ناحية أخرى أن هذه المياه ناتجة بفعل مالك الأرض العالية ولهذا أعطى لصاحب الأرض المنخفضة حق المطالبة بتعويض الضرر .

١٢ — حـ — حق الشرب : — (م١٠٥٥—١٠٥٦) : وهو على ما يعرفه صاحب مرشد الحيران نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع . ويلاحظ أن المشرع العراقى إذا كان قد أجاز فى المادة (١٠٥٥) لمالك الأرض أن يشق فيها جدولاً أو ترعة فإنه قيد هذا الحق بالقوانين والأنظمة الخاصة وأبرزها (قانون مراقبة أمور الرى والسداد) الصادر سنة ١٩٢٣ وما أدخل عليه من تعديلات . فقد نص هذا القانون على منع أصحاب الأراضى من إحداث الجداول أو الأبنية أو الفروع (الشاخات) أو نصب المضخات أو الكرود أو النواعير فى منطقة أعمال الرى بدون

إذن كتابى يصدره ضابط منطقة الرى ، وجعل أصحاب الأراضى مسئولين عن المخالفات والأضرار التى تحدث فى مجارى المياه فى أراضيهم وحملهم النفقات التى تبذل فى إصلاح ما أفسدوه وهددهم بالحرمان من المياه ، وأباح السخرة فى سبيل ذلك .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع المصرى (م ٢/٨٠٨) أجاز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف الخاص فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها ، ولا نجد مقابلاً لهذا النص فى التشريع العراقى بل إنه ينص صراحة على أن الترعة أو الجدول الخاص ملك لصاحبه وأن له وحده حق استعماله .

١٣ — د — حريم الآبار : خصص المشرع العراقى لهذا القيد المادة (١٠٥٧) ولا نظير له فى القوانين المدنية الحديثة فهو مقتبس من الفقه الإسلامى وعندى أن المشرع العراقى أحسن صنعاً بإثبات هذا النص لأنه لا يعدو أن يكون وسيلة لتشجيع إحياء الصحارى والأراضى الموات التى يكثر وجودها فى العراق .

ويراد بحريم الشىء حقوقه ومرافقه التى حوله ، واللفظة من الحرام .

وهذا القيد قاصر على الآبار المحفورة فى الأرض الموات لأن الغرض منه كما قلنا تشجيع استثمار هذه الأراضى . وإذا كان المشرع العراقى قد اقتبس هذا القيد عن المجلة بطريق مباشر (المواد ١٢٨١ — ١٢٩١) فإنه لم يعمد إلى نقل أحكامها كما هى وإنما أدخل عليها كثيراً من التعديل والحذف ، فالمجلة تحدد حريم الآبار تحديداً مادياً جامداً (قدره ٤٠ ذراعاً من كل طرف) وكذلك تحدد حريم الأعين والينابيع والنهر الصغير الخ .

ولا وجود لمثل هذه المعايير المادية فى التشريع العراقى فتقرير مدى حريم الآبار موكول إلى فطنة القاضى وإلى تقدير أهل الخبرة .

١٤ — هـ — حق المجرى : — ويراد به إجراء الماء اللازم لرى أرض بعيدة عن مورد الماء فى أرض أخرى متصلة به .

ومن هنا يفهم الفرق بين حق المجرى وحق المسيل فالمسيل لتصريف المياه الزائدة أو غير الصالحة والمجرى لجلب الماء اللازم أو الصالح، وتكاد تكون أحكام هذين القيدين أو الحقين واحدة ولهذا جمع المشرع العراق فى المادة (١٠٥٨) أحكامهما معاً .

وقد قيد المشرع استعمال هذا الحق بقيود معقوله عادلة هى :

أولا : بعد الأرض عن مورد المياه ولا يشترط بعد هذا أن يكون العقار البعيد أوطأ من العقار المقرر عليه حق المجرى كما يشترط ذلك القانون الفرنسى فى المادة (٦٤٠) .

ثانياً : — أن لا يكون فى الأرض ماء للزراعة : — ونحن نذهب إلى أن المشرع العراق لا يعطى هذا الحق لصاحب الأرض التى يكون فيها ماء لا يكفى لزراعتها أو ريها فهو صريح فى أن هذا الحق يقرر للأراضى التى « ليس فيها ماء للزراعة » ولا يصح الاستناد إلى نصوص القانون المصرى والسورى للقول بخلاف ذلك وذلك لاختلاف النص العراق عنهما (أنظر م ٧٠٩ — ٨١١ مصرى ، ٩٨٠ — ٩٨٣ سورى) .

ثالثاً : أن لا يكون هناك سبيل لمرور المياه مباشرة إلى الأرض البعيدة عن مورد المياه .

رابعاً : أن لا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به اخلالا بيناً لأن الضرر لا يدفع بمثله .

خامساً : التعويض ، وقد جعل المشرع العراق هذا التعويض على شكل أجر سنوى يدفع مقدماً وفى هذا يختلف حكمه عن حكم القانون المصرى الذى يكتفى بأن يكون التعويض (عادلا) .

ونحن نرى إنه وإن كان المشرع العراق قد جعل التعويض على شكل أجر سنوى يدفع مقدماً إلا أن هذا النص مفسر غير آمر فيجوز الاتفاق على أن يدفع التعويض فى نهاية العام لا بدئه كما يجوز الاتفاق على دفع التعويض جملة واحدة .

ويلاحظ أخيراً أن المشرع العراقى (ومثله المصرى والسورى) أعطى لمالك العقار المثقل بحق المجرى حق الاستفادة من المنشآت التى يقيمها على عقاره مالك العقار المخدوم على شرط أن يشارك فى مصاريف انشائها وصيانتها بقدر يتناسب مع مقدار استفادته منها .

١٥ — و — حق المرور : — وقد عالجه المشرع فى المادة (١٠٥٩) وهو عبارة عن حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص فى ملك الغير ، وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على أن هذا الحق مقرر لكل من له حق عينى على العقار المحبوس ولا يقتصر على المالك فقط كما توحى صياغة النصوص . ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن المنتفع وصاحب حق الاستعمال والمحتكر لهم أن يطالبوا بحق المرور .

ويكاد الاجماع ينعقد كذلك على أن العقار الخادم قد يكون ملكا للأفراد أو دومينا عاماً أو خاصاً فأملاك الدومين العام تخضع لما تخضع له سائر الأملاك من قيود ما دامت لا تتعارض مع تخصيصها للانتفاع العام

ويشترط لترتيب حق المرور ما يأتى : —

أولا : أن يكون العقار محبوساً : ويلاحظ أن المشرع العراقى (ومثله المشرعان المصرى والسورى) قد توسع فى بيان معنى الحبس فلم يقصره على العقار الذى ليس له اتصال مطلقاً بالطريق العام وإنما أعطاه للعقار الذى يتصل بهذا الطريق متى كان هذا الاتصال غير كاف ولا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر حالة حبس العقار وكون الممر كافياً أو غير كاف بعد أن يراعى حاجة العقار الفعلية وقت طلب حق المرور .

ثانياً : ألا يكون الحصر ناشئاً عن فعل المالك . فإذا كان العقار متصلا بالطريق العام اتصالا كافياً ثم يجزئه مالكه بتصرف برضاه يكون من شأنه حبس جزء منه عن الطريق العام فإن حق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى .

ثالثاً : التعويض ، قرر المشرع فى هذا الصدد ما سبق أن قرره فى حق المجرى والمسيل فجعل التعويض على شكل أجر سنوى يدفع مقدماً . وقد قلنا أن هذا النص مفسر فيجوز الاتفاق على ما يخالفه .

رابعاً : حق المرور يقرر على العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً وفى موقع منه بحيث يكلف العقار أقل عبء ممكن وتقدير هذا الشرط مسألة وقائع .

١٦ — ز : وضع الحدود : أشارت إلى هذا القيد المادة (١٠٦٠) فهى تقرر فى شطرها الأول أن لكل مالك الحق فى تسوير ملكه على أن لا يمنع هذا التسوير الجار من استعمال حق لعقاره كما لو تعارض مع حق مرور أو مسيل وتقرر فى شطرها الثانى حق المالك فى أن يجبر جاره على وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة وهذا هو القيد الحقيقى ، ونفقات وضع الحدود مشتركة بين المالكين أى أنها تقسم بينهما مناصفة بصرف النظر عن مساحة كل من العقارين . ونكتفى بما تقدم فى شرح قيود الملكية .

ثالثاً : أنواع خاصة من الملكية

١٧ — القاعدة العامة فى الملكية أن تكون ملكية فردية يسيطر فيها الفرد الواحد على الشيء على أنها قد تتخذ فى العمل صوراً أخرى غير هذه الصورة العادية ، فقد تكون مشتركة بين عدد من الملاك وهذه هى الملكية الشائعة أو المشاعة ، وقد تحدد طبيعة العين أو وضعها من حقوق الملاك فى التصرف أو الاستعمال كما هى الحالة فى ملكية العلو والسفل وفى الحائط المشترك وفى الطريق الخاص المشترك .

يفهم بما تقدم أننا سنعالج هنا (١) الملكية الشائعة (٢) ملكية العلو والسفل(٣) الحائط المشترك (٤) الطريق الخاص المشترك .

١٨ — (١) الملكية الشائعة : عالج المشرع العراقى الملكية الشائعة فى المواد (١٠٦١ — ١٠٨١) وهى نصوص تتفق فى معظم أحكامها مع نصوص التشريعين المصرى والسورى (٨٢٥ - ٨٤٩ مصرى ٧٨٠ - ٨٠٤

سورى) . ولهذا فإننى أكتنى فى هذا الصدد ببيان وجوه الاختلاف بين التشريع العراقى من جهة والتشريع المصرى من جهة أخرى .

وأول فارق نلحظه بين النصوص يتصل بالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة وهى ما أطلق عليها المشرع العراقى اسم « التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض » كتحويل مطعم إلى مقهى أو ملهى إلى كراج وقد جعل المشرع العراقى القيام بهذه الأعمال من حق أصحاب القدر الأكبر من الحصص مع اشتراط إذن المحكمة (م ١٠٦٥) وبين هذا النص ونص المادة (٨٢٩ المصرية) فارق جوهرى يتمثل فى ناحيتين : الأولى أن المادة المصرية لا تكتفى بالأغلبية المطلقة لأصحاب القدر الأكبر من الحصص وإنما تشترط أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع ، والثانية أن المادة المصريه جعلت مدة اعتراض الشريك على ما تقرره الأغلبية المتقدمة شهرين من وقت الاعلان ولا نجد لهذا القيد أثراً فى المادة العراقية .

ومن الفروق بين التقنينين أن المشرع العراقى يقرر فى المادة (١٠٦٨) انه « إذا احتاج الملك الشائع إلى مرمة أو عمارة يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم ، وإذا كان بعض الشركاء غائباً أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بإذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم ، ولا نجد لهذه المادة مقابلا فى التقنين المصرى ، وهى مقتبسة عن مرشد الحيران (م ٧٤٧ — ٧٤٩) وعن المجلة (١٣٩٨ — ١٣١٠) .

ومن الفروق كذلك ما تقرره المادة (١٠٦٩) من أنه « إذا انهدمت العين الشائعة كلياً وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون فلا يجبر الآبى على العمارة) ولا نجد لهذه المادة مقابلا فى التقنين المصرى وهى بدورها مقتبسة عن مرشد الحيران (٧٥٠) والمجلة (١٣١٤) . ومن الفروق كذلك ما تقرره المادة (٨٣٦) من التقنين المصرى بصدد دعوى القسمة فهى

تقرر أن على من يريد الخروج من الشيوع ، أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية ، وظاهر ان النص المصرى يجعل المدعى عليه فى دعوى القسمة جميع الشركاء عدا طالب القسمة بالطبع ولا مثيل لهذا النص فى التشريع العراقى ومع هذا فإننا نذهب إلى وجوب الأخذ به .

ومن الفروق كذلك نقض القسمة الرضائيه بسبب الغبن الفاحش ، فإذا كان كل من التشريعين العراقى والمصرى قد أخذ فى تقرير هذا الغبن بمعيار مادى بحت إلا أن مقدار هذا الغبن مختلف فى التقنينين فهو فى التقنين المصرى ما زاد على الخمس . وهو فى التشريع العراقى متى كان بمقدار ربع العشر فى الدراهم ، ونصف العشر فى العروض والعشر فى الحيوانات والخمس فى العقار . وقد قرر المشرع المصرى سقوط هذه الدعوى بعد مضى سنة كاملة من القسمة أما المشرع العراقى فقد جعل هذه المدة ستة أشهر . هذا ويلاحظ فى هذا الصدد أن دعوى نقض القسمة فى كل من التشريعين دعوى احتياطية ، فالدعوى دعوى تكملة ثمن أو إزالة غبن أصلا ودعوى فسخ احتياطاً ، ولهذا قرر المشرع أن كل متقاسم يستطيع وقف سير الدعوى إذا هو أكمل للمدعى عيناً أو نقداً ما نقص من حصته .

ومن الفروق كذلك ما قرره المشرع المصرى فى المادة (٨٤٦) من أنه إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على خلاف ذلك ، ولا مقابل لهذه المادة فى التشريع العراقى وأرى أنه لا محل لتطبيق هذا الحكم فى العراق لأنه حكم استثنائى لا يتفق مع أحكام القواعد العامة ولا مع طبيعة قسمة المهايأة .

١٩ — (٢) العلو والسفل (ملكية الطبقات) : عالج المشرع العراقى هذا النوع الخاص من الملكية فى المواد (١٠٧٢ — ١٨٠٦) واقتبس معظم أحكامها من الفقه الإسلامى (٦٤ — ٦٨ مرشد الحيران ١١٩٢ — ١١٩٣ مجلة) .

ولا نريد أن نشرح أحكام هذا النوع من الملكية فى التشريع العراقى لأنها لا تخرج فى جملتها عن الأحكام التى قررها المشرع المصرى (والسورى) ولكننا نحب أن نلفت النظر هنا إلى ملاحظتين :

أولاهما : أن المشرع المصرى نص فى الفقرة الثانية من المادة (٨٥٩) على أنه « إذا امتنع (مالك السفل) عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل » وقرر مثل هذا الحكم فى الفقرة الأولى من المادة (٨٦٠) التى تقضى بأنه « إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » . ويفهم من هذين النصين أن المشرع المصرى يجيز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إذا امتنع مالكه عن ترميمه ، أو إذا انهدم وامتنع عن إعادة بنائه ، وهذا حكم عملى هام اقتبسه المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية ، ومن العجيب أننا لا نجد ما يماثله فى التقنين العراقى ، فإن تقنيننا المدنى لا يعطى للقاضى سلطة بيع السفل إذا امتنع مالكه عن ترميمه أو إعادة بنائه وإنما يعطى لصاحب العلو حق ترميمه أو بنائه فإن فعل هذا بإذن المحكمة فإنه يرجع على مالك السفل بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف ، وأن فعله من غير إذن المحكمة فإنه يرجع على صاحب السفل بالأقل قيمتى البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع .

وثانيهما : أن المشرع المصرى قضى فى المادة (١/٨٥٨) بأن « على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » ولا يوجد نظير لهذا الحكم فى التقنين العراقى وأنا أرى أنه لا يمكن الأخذ بهذا الحكم فى فقه قانوننا المدنى ، وذلك لأن المادة الأولى من هذا التقنين تحتم أولا تطبيق النصوص التشريعية الواردة فيه ، وعند عدم وجودها يرجع إلى العرف ، ثم إلى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوصه . ولا يوجد فى العراق عرف يمكن

الاعتماد عليه فى تحديد مدى مساهمة كل من الملاك فى نفقات صيانة وإصلاح الأجزاء المشتركة لندرة هذا النوع من أنواع الملكية فى العراق ، كما لا يوجد نص تشريعى خاص به ، وإذن فلا مناص لنا من الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية أو إلى قواعد العدالة إن لم نجد فى الشريعة الإسلامية حكما .

ومن القواعد المقررة فى الفقه الإسلامى أن الغرم بالغنم ، واستناداً إلى هذه القاعدة جعل فقهاء الشريعة مصاريف إصلاح الطريق الخاص المشترك على الملاك جميعا بنسبة انتفاعهم وكذلك الحال فى مصاريف كرى الجدول أو النهر ، وقياسا على هذا نقول أن مصاريف تعمير الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات تقع على ملاك الطبقات بنسبة انتفاعهم لا بنسبة قيمة ما يملكه كل منهم أى أننا نذهب إلى وجوب الأخذ بحكم المادة (٥٧/٣٦) من التقنين المصرى القديم .

٢٠ — (٣) الحائط المشترك : هو الحائط الذى يفصل بين عقارين والذى أنشأه الجاران بمصاريف مشتركة ، وقد أفرد له المشرع العراقى المواد (١٠٨٧—١٠٩٢) وتكاد أحكام هذا النوع الخاص من أنواع الملكية الشائعة فى التشريع العراقى تتماثل مع أحكام التشريع المصرى ، ولهذا فإنى أكتفى بأن ألفت النظر إلى ملاحظتين : أولاهما أن المشرع المصرى بحث الحائط المشترك على أنه صورة من صور القيود التى ترد على الملكية أما المشرع العراقى فقد اعتبره نوعا من أنواع الملكية ، وهكذا فقد نظر المشرع العراقى إلى الحائط فى ذاته ، أما المشرع المصرى فقد نظر إلى العقارين اللذين يفصل بينهما الحائط ، وثانيتهما أن المشرع المصرى (م٨١٤) يجعل مصاريف إصلاح وتجديد الحائط المشترك على الشركاء كل بنسبة حصته ، أما المشرع العراقى (م ٢/١٠٨٧) فيجعل هـذه المصاريف على الشريكين مناصفة . وعندى أن حكم التقنين المصرى أكثر عدالة وأقرب إلى المنطق السليم ، وأن حكم التقنين العراقى أقرب إلى الواقع العملى إذ من

النادر فى العراق اختلاف حصص الشركاء فى الحائط .

٢١ — (٤) الطريق الخاص المشترك (م ١٠٩٣ — ١٠٩٧) : وهو طريق أو زقاق مملوك لأصحابه ملكية شائعة فلا يجوز لأى منهم أن يتصرف فيه من غير إذن شركائه سواء أكان هذا التصرف مضراً أو غير مضر ، وحق المرور من هذا الطريق الخاص لا يسقط بالتقادم مهما طال أمده فإذا سد أحد الشركاء فى الطريق الخاص بابه المفتوح على هذا الطريق وفتح بابا من جهة الطريق العام ، ثم أراد بعد مضى مدة تزيد عن خمس عشرة سنة إعادة فتح بابه على الطريق فله ذلك ، كما أن لخلفه العام أو لخلفه الخاص أن يعيد فتح هذه الباب .

ومصاريف تعمير الطريق الخاص على الشركاء كل بقدر انتفاعه ، ومعنى هذا أن يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التى فى مدخل الطريق وهو لا يشارك أحداً منهم حتى ينفرد صاحب الدار التى فى منتهى الطريق بنفقات التعمير التى تعود إلى حصته بعد أن يشترك مع سائر الشركاء فى نفقات التعمير التى تعود إلى حصصهم . ولتوضيح هذا نضرب المثال التالى :

على طريق خاص ثلاثة دور ذات جهات متساوية فى الطول ، تكلف تبليط الطريق (١٨) جنيها ، فإن صاحب الدار الأولى التى فى المدخل يدفع جنيهين ويدفع صاحب الدار الثانية خمسة جنيهات ، وعلى صاحب الدار الثالثة التى فى منتهى الطريق أحد عشر جنيها .

والطريق الخاص وإن كان مملوكا ملكية شائعة إلا أنه غير قابل للقسمة ولا للتصرف ويفهم مما جاء فى شرح الأستاذ التركى « على حيدر افندى » على المادة (١٢٢٣) من المجلة[١] . أن العلة التى منع الشركاء من أجلها من بيع الحائط المشترك أو قسمته هى حق الناس فى المرور فيه عند الزحام ، وهذا ما فعله المشرع العراقى كذلك (١٠٩٦) وقد كان يجدر به أن يغفل النص على منع الشركاء من قسمة الطريق الخاص أو بيعه مستقلا إذ قد

---

(١) على حيدر ص ٢٥٢

يكون الطريق مشتركا بين دارين مثلا ليس لهما اتصال بالطريق العام إلا عن هذا الطريق الخاص ، ثم تقوم البلدية أو أمانة العاصمة بفتح شارع يطل عليه كل من الدارين فلماذا يحرم الملاك فى مثل هذه الحالة من قسمة الطريق الخاص أو بيعه ؟ .

ونكتفى بما تقدم من الكلام عن أنواع من الملكية وبه ينتهى البحث الأول .

المبحث الثانى

« أسباب كسب الملكية »

٢٢ — قسم المشرع العراقى أسباب كسب الملكية إلى ثلاثة أقسام أولها لكسب الملكية ابتداء بالاستيلاء ، وثانيها لكسب الملكية بسبب الوفاة ، بالميراث والوصية ، وثالثها لكسبها بين الأحياء بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

أولا : كسب الملكية ابتداء — الاستيلاء
(المواد ١٠٩٧ — ١١٠٥)

٢٣ — الاستيلاء طريقة تكتسب بها ملكية شىء غير مملوك لأحد من الناس ، وهو يكون بالإحراز المصحوب بنية التملك ، والإحراز نوعان : حقيقى وحكمى ؛ فالأول يكون بوضع اليد على الشىء فعلا أو بالقوة كقطع الأشجار أو جنى الثمار أو إمساك الصيد أو جمع العشب ، والثانى يكون باستعمال الآلات وتهيئة سبب الإحراز لتعلق الصيد بالشبكة وتجمع الماء فى الطست (م ١٠٩٨) .

ثم يقرر المشرع العراقى حكم الحديث النبوى فى اشتراك الناس فى ثلاثة أشياء هى الكلأ والنار . ومعروف أن الكلأ هو ما ينبت فى الأرض من تلقاء نفسه كالحشائش والكمأة والفطر ونحوها ، فلا يجوز لمالك الأرض إذا ما وجد فيها كلأ أن يمنع الناس من قطعه ولكن له أن يمنعهم من دخول أرضه لأنها مملوكة له ، ومع هذا فقد ذهب بعض المالكية والحنفية إلى أنه إذا لم يجد الناس الكلأ فى غير هذه الأرض وكانت لهم حاجة به كان المالك

مخيراً بين أن يرخص لهم بدخول الأرض لأخذ الكلأ وبين أن يقطعه ويسلمهم إياه .

والناس شركاء كذلك فى الماء ، وشركتهم كذلك لا تعدو حق الشرب أو الشفعة ، ولهذا قرر المشرع العراقى إعطاءه للانسان والحيوان على السواء لأنه حق طبيعى لكل كائن حى آدمياً كان أحيواناً ، وقد نظم المشرع العراقى كذلك حق الاحتطاب والرعى ، فقرر فى المادة (١١٠٠) بأنه يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة إذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته . وواضح أن المشرع العراقى إذ يعطى للشخص حق أخذ الشجر أو الحطب أو الحجر فإنما يقيده بالحاجة إليه لاستعماله الخاص لا للاتجار به ، وهذا ما كانت تقضى به المادة (٥) من نظام الإحراج .

وتقرر المادة المتقدمة فى فقرتها الثانية جواز رعى أهل القرى والقصبات فى المراعى المخصصة لهم دون دفع أى رسم كما يجوز لغير أهل القرية رعى مواشيهم فى هذه المراعى إذا لم يكن ذلك مضراً بأهلها .

٢٤ — ثم تعالج المادة (١١٠١) حكم الكنز . والكنز هو المنقول المدفون أو المخبوء فى الأرض ، وقد عده المشرع العراقى جزءاً من هذه الأرض ، ولهذا فإنه يتبعها فى الملكية وعلى هذا فإنه إذا لم يعرف مالك الكنز فهو لمالك الأرض إن كانت مملوكة وللدولة إن كانت الأرض أميرية ولجهة الوقف إن كانت موقوفة وقفاً صحيحاً .

هذا وأحب أن ألفت النظر إلى اختلاف حكم التقنين المصرى والعراقى بالنسبة لملكية الكنز الذى عثر عليه فى أرض موقوفة فهو وفقاً لأحكام التشريع العراقى ملك لجهة الوقف كما تقدم وهو فى القانون المصرى ملك للواقف وورثته من بعده لا لجهة الوقف (م٨٧٢/٢) .

على أن أخطر قيد يرد على تملك الكنز بطريق الاستيلاء هو قانون الآثار القديمة (رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦) ، فالمادة الأولى من هذا القانون تقرر أنه يقصد بكلمة الآثار كل ما صنعته أو تفننت به يد الإنسان قبل

سنة ١٧٠٠ م و ١١١٧ هـ . كالمبانى والمغاور والمسكوكات والمنحوتات والمخطوطات وسائر أنواع المصنوعات التى تدل على أحوال العلوم والفنون والصنائع والآداب والديانات و . . الخ من الأجيال الغابرة ، ويقرر كذلك أن كل مايوجد فى العراق من الآثار المنقولة سواء ماكان منها على سطح الأرض أو فى باطنها يعتبر من ثروة الدولة العامة ، فلا يجوز للأفراد أو للجماعات أن يتصرفوا بها أو يدعوا بملكيتها إلا ضمن قيود القانون . ويقرر أن ملكية الأرض لا تكسب صاحبها حق التصرف فى الآثار الموجودة على سطحها أو فى باطنها ولا تخوله حق التنقيب عن الآثار فيها ، وأن الآثار المنقولة التى تكون فى حيازة الأشخاص الحقيقية أو الحكمية عند صدور هذا القانون تبقى تحت حيازتهم على شرط أن يسجلوها لدى دائرة الآثار خلال ستة أشهر ، الخ .

ثم تعرض المادة (١١٠٢) لأحكام الصيد وتقرر إباحته براً وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة وتقيده المادة التالية بالقوانين الخاصة .

ثم تعرض المادة (١١٠٤) لطريق خاص من طرق الاستيلاء وهو التخلى عن المنقول بقصد التنازل عن ملكيته . لأن المنقول فى هذه الحالة يصبح من المباحات ويكون ملكا لأول واضع يد عليه .

ثم تعرض المادة (١١٠٤) للاستيلاء على العقار وهذه المادة منقولة عن المادة (١٣٢) من قانون الأراضى الملغى ، وقد أعطى هذا النص حق تملك شاطىء البحر المردوم إذا وقع الردم بإذن الحكومة واشترط لذلك أن يكون الرادم عراقياً وأن يتم الردم خلال ثلاث سنين من صدور الإذن به فإذا وقع من غير إذن كان الجزء المردوم ملكا للدولة يباع للرادم ببدل المثل فإن لم يرض بشرائه بيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية فى الجزء المردوم فإنه يطالب ببدل مثل الأرض دون الأرض لأنه غير مالك لها ، فإذا لم يرض تملك الأرض ببدل المثل بيعت بما عليها من منشآت وأخذت الدولة من الثمن قيمة الأرض وأعطى الباقى للرادم الذى أقام تلك المنشآت .

ثانيا : كسب الملكية بسبب الوفاة

٢٥ – لاكتساب الملكية بسبب الوفاة طريقان : أولهما الميراث وثانيهما الوصية .

أما الميراث فهو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أموال أو حقوق مالية عند وفاته ، وهو لا يكون إلا فى مال مملوك أو حق ملحق به ، ولا يكون إلا فيما بقى من ذلك بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث فى حدود ثلث ما ترك أو فيما زاد عليه عند أجازة الورثة والبحث التفصيلى عن طريقة اكتساب الملكية بسبب الوفاة يخرج عن نطاق القانون المدنى وعن نطاق هذه المحاضرات ، ولهذا فإن المشرع العراقى أحال فى (ف) من المادة ١١٠٦) إلى أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بالمواريث .

هذا ويلاحظ أن المشرع العراقى لم يجر على ما جرى عليه المشرع المصرى فى بيان طريقة تصفية التركات ، وكأنه اكتفى فى هذه المسألة بقانون تحرير التركات وإدارة أموال القاصرين والغائبين والمحجورين (رقم ٢٧ لسنة ١٩٣٤) .

٢٦ – ومن المحتمل جداً أن دائنا للتركة وليس له تأمين خاص على عين من أعيانها ولم يعلم بدعوة المحكمة للدائنين فلم يظهر دينه فى قائمة الجرد أو التحرير حتى تمت عملية التصفية واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصاً من الديون ، ثم قام الوارث بنقل ملكية نصيبه للغير أو رتب عليه حقوقاً عينية وقد وجه المشرع هذا الغرض فأعطى للدائن العادى حق ملاحقه التركة لاستيفاء دينه فكأن المشرع العراقى جعل حق هذا الدائن حقاً عينياً أخذاً بما يذهب إليه بعض فقهاء الشريعة من اعتبار حق الدائنين متعلقاً بعد وفاة المدين بأعيان التركة . ويسقط حق الدائن فى ملاحقة أموال التركة بعد مضى ثلاث سنين من موت المدين ويصبح التصرف الصادر من الوارث نافذاً فى حقه إلا إذا كان قد صدر عن سوء نية منه وتواطىء

مع الغير للاضرار بالدائن فى هذه الحالة يستطيع الدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات حتى ولو مرت السنوات الثلاث المتقدمة على أن لا يكون حقه قد سقط بمضى المدة وإلا يكون قد مضى على التصرف المطعون فيه خمس عشرة سنة (م ٢٦٩) .

فإذا لم يكن فى استطاعة الدائن ملاحقة أموال التركة فإنه ليس معنى ذلك ضياع حقه وإنما هو يستطيع الرجوع على الوارث فى حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابلا لمال التركة كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة بعوض .

٢٧ — وأما الوصية فإن المشرع العراقى اكتفى بالنص فيها على مسألتين على جانب كبير من الأهمية العملية والنظرية ، الأولى صحة الوصية لوارث والثانية تصرفات المريض مرض الموت التى تأخذ حكم الوصية . وهكذا يكون المشرع العراقى قد خرج على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من عدم نفاذ الوصية لوارث إلا أن يشاء باقى الورثة وأخذ بما يذهب إليه ، فقهاء الشيعة الإمامية ، وأحب أن ألفت النظر فى هذا الصدد إلى نص المادة (٧٧) من الدستور العراقى الذى يقضى بأنه « يجرى القضاء فى المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام قانون خاص ، ويكون القاضى من مذهب أكثرية السكان فى المحل الذى يعين له . . . » . وأرى أن الجمع بين هذين النصين سيثير فى العمل كثيراً من المشاكل من حيث التعارض الظاهر بينهما أولا ، ومن حيث تحديد جهة الاختصاص ثانياً .

ثم عالج المشرع العراقى فى المواد (١١٠٩ — ١١٢) حكم تصرفات لمريض مرض الموت ، عمد فيها إلى ذكر تفريعات وجزئيات ، وهى نصوص كان يجدر بالمشرع العراقى أن يقتضبها كما فعل المشرع المصرى وعلى الأخص إذا عرفنا أن هذه الأحكام التفصيلية التى أقرها المشرع العراقى ليست محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الاسلامية فقد ذهب الإمام الشافعى

إلى أن إقرار المريض مرض الموت صحيح نافذ سواء كان لوارث أو لأجنبي فلا فرق عنده بين دين يثبت فى المرض ودين يثبت فى الصحة أياً كان طريق الإثبات ، وهو لا يفرق بين دين المرض ودين الصحة فى القوة وطريقة الوفاء ، وذهب الإمام مالك إلى أن كل إقرار تلابسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع وكان يحسن بالمشرع العراقى أن يتبنى هذا الرأى السديد .

ثالثا : كسب الملكية بين الأحياء

٢٧ ــ عالج المشرع العراقى من أسباب كسب الملكية بين الأحياء أربعة أسباب هى : الالتصاق ، العقد ، الشفعة ، الحيازة ، ونحن نتابع هنا نصوص القانون وتقسيماته .

١ ــ الالتصاق

٢٩ ــ إن فكرة الالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية تقوم على القاعدة الفقهية الإسلامية التى تقرر أن التابع تابع أو أن التابع لا يفرد بالحكم وهو يفرق بين الالتصاق بالعقار والالتصاق بالمنقول ، ويميز فى الالتصاق بالعقار بين الالتصاق بفعل الطبيعة والالتصاق بفعل الإنسان .

٣٠ ــ (أ) الالتصاق بالعقار بفعل الطبيعة : عالج المشرع العراقى هذه الصورة من صور الالتصاق فى المواد (١١١٣ ــ ١١١٦) ونحن نلخص هنا أهم هذه الأحكام .

إذا كون النهر طبقة من الطمى على أرض أحد اعتبر الطمى جزءا من الأرض يتبعها فى الملكية ، أما إذا كون الطمى أرضاً جديدة ، فإن هذه الأرض الجديدة تكون ملكا للدولة سواء كانت متصلة بأرض الغير أو غير متصلة بها ، وإذا ما أرادت الدولة التصرف فى هذه الأرض فإن لأصحاب الأراضى المجاورة حق أخذها ببدل المثل . وكذلك يكون ملكا للدولة

الأراضى التى ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر وللملاك المجاورين حق أخذها ببدل المثل كذلك .

وإذا حول النهر مجراه فاتخذ له مجرى جديداً تاركا مجراه القديم كان لأصحاب العقارات المجاورة حق أخذ هذا المجرى القديم ببدل المثل كل واحد فى الجزء الذى يكون أمام أرضه حتى خط مفترض فى وسط المجرى القديم ، ويوزع ثمن المجرى القديم على أصحاب الأراضى التى شغلها المجرى الجديد كل بنسبة ما فقد من أرضه .

٣١ – (ب) الالتصاق بالعقار بفعل الإنسان : (م ١١١٧ – ١١٢٤) يقيم القانون قرينة مزدوجة لصالح مالك الأرض بمقتضاها يعتبر البناء والغراس والمنشآت الأخرى من عمل صاحب الأرض وأنه قد أقامها على نفقته فهى مملوكة له .

غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة تقبل إقامة الدليل العكسى ، وعبء الإثبات يقع على عاتق من يريد نفى هذه القرينة القانونية ، فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت أو الغراس فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة ، أولها أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وثانيها أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره وثالثها أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

٣٢ – الفرض الأول : البناء بأدوات الغير (م ١١١٨) فى هذه الحالة يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن فى ذلك ضرر جسيم يلحق الأرض ، ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء أكان حسن النية أم سيئها ، فإذا لم يمكن قلعها من غير أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق وكان عليه أن يدفع تعويضا عنها لمالكها يزيد إن كان مالك الأرض سىء النية .

٣٣ – الغرض الثانى : البناء على أرض الغير (١١١٩ – ١٢١) وفى هذا الغرض تجب التفرقة بين ما إذا كان البانى سىء النية أو حسن النية .

فإذا كان سيء النية أى يعلم أن الأرض التى يقيم عليها البناء غير مملوكة له ودون رضاه فإنه يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها ، فإذا كان القلع مضراً بالأرض فإن له أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع . ولعل من المفيد أن نذكر هنا أن حكم الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة لا يختلف كثيرا عن حكم القانون المدنى ، فقد روى عن الرسول (ص) أنه قال « ليس لعرق ظالم حق » وروى أن رجلا غرس فى أرض رجل من الأنصار فاختصما إلى النبى فقضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر أن ينتزع نخله[1]

وإذا كان البانى حسن النية أى يستند إلى سبب صحيح أو إلى (زعم سبب شرعى) فأنه ينظر إلى قيمة هذه المحدثات بالنسبة للأرض فإذا كانت قيمتها قائمة تزيد على قيمة الأرض كان للبانى أن يمتلك الأرض بثمن مثلها وإذاكانت قيمة هذه المحدثات تساوى أو تقل عن قيمة الأرض تملكها مالك الأرض بقيمتها قائمة لامستحقة للقلع ، وهذا الحكم تطبيق للقاعدة التى تقرر أن الفرع يتبع الأصل . وهو لايتفق مع ما قرره المشرع المصرى فى المادة (٩٢٥ منه) إذ لا يجيز القانون المصرى للبانى تملك الأرض حتى ولو زادت قيمة المحدثات عن قيمة الأرض ، ولكن له إذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة لا يستطيع معه أن يؤدى ما هو مستحق عنها أن يطلب تمليك الأرض للبانى نظير تعويض عادل وهذا كله إذا لم يكن يطلب البانى نزع المحدثات ولم يكن نزعها يلحق ضررا جسيما بالأرض .

ويقرر المشرع العراقى (م ١١٢١) أنه إذا كان البانى قد حصل على إذن صاحب الأرض بالبناء فإن الإتفاق يحدد مصير هذه المنشآت فإذا لم يتم الإتفاق بينهما على مصيرها فأنه لايجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزاله هذه المنشآت فإذا لم يتم الإتفاق بينهما على مصيرها فأنه لايجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة هذه المنشآت وإنما هو يستطيع تملكها بالإلتصاق إذا دفع إلى البانى قيمتها قائمة .

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٢٤ — ٢٢٥

٣٤ ـ الغرض الثالث : البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة لشخص ثالث : (م ١١٢٢) لايجوز لصاحب المهمات أن يطالب باستردادها لأنها فقدت صفتها كمنقولات وأصبحت عقارات بطبيعتها وإنما يحق لمالكها أن يرجع بالتعويض ، وهو يرجع على البانى الذى أخذ هذه المهمات .

ولو أننا طبقنا أحكام القواعد العامة لقلنا أن مالك المهمات يرجع على البانى ثم يرجع البانى على صاحب الأرض وأنه لايستطيع صاحب المهمات أن يرجع مباشرة على مالك الأرض ، غير أن المشرع العراقى (ومثله المصرى والسورى) آثران يعطى لمالك المهمات دعوى مباشرة قبل صاحب الأرض يرجع بمقتضاها عليه بما يكون للبانى فى ذمته ، وذلك لأن البانى قد يكون سىء النية وعندئذ لايستحق من مالك الأرض سوى قيمة المهمات مستحقة القلع أما مالك هذه المهمات فهو يستحق قيمتها وقت الاستعمال مع التعويض إذا كان البانى سىء النية أى يعلم أن هذه المهمات غير مملوكة له . وواجب أن الفت النظر إلى أن البانى قد يكون سىء النيه بالنسبة لوضع يده على الأرض حسن النية بالنسبة للمهمات وقد يحدث العكس .

٣٥ ـ ولما كانت القسمة كاشفة للحق فإن مصير البناء على جزء شائع يتوقف على نتيجة القسمة فإذا بنى أحد الشركاء على الأرض المشاعة دون إذن بقية الشركاء فأنه لايجوز لهؤلاء أن يلزموه مباشرة بقلع مابنى وإنما لابد من الانتظار إلى نتيجة القسمة فإذا وقع البناء فى حصة البانى ملكه وإذا وقع فى حصة غيره عد البانى بانيا فى ملك الغير وبسوء نية ولهذا يجوز لمن وقع البناء فى حصته أن يلزمه بهدمه أو أن يتملكه بقيمته مستحق القلع (١١٢٣) .

وأخيرا فإن المادة (١١٢٤) تقرر أنه إذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذنه ونبت البذر كان لمالك الأرض الخيار فى أن يتملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل ، وقد اقبس المشرع العراقى هذا النص عن المادة (٢١) من قانون المحاكم الصلحية .

٣٦ ـ (ح) الالتصاق بالمنقول : لم يخصص المشرع العراقى للالتصاق

بالمنقول سوى مادة واحدة (١١٢٥) التى تقرر أنه إذا التصق المنقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقه فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاء وقدراً ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته ، والنص واضح لايحتاج إلى مزيد من شرح .

٢ ــ العقد

٣٧ ــ لم يورد المشرع العراقى بصدد العقد كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية غير نصين قرر في أولهما (١١٢٦) أن العقد يصلح كقاعدة عامة سبباً لنقل الملكية فى المنقول وفى العقار غير أن انعقاد العقد الناقل لملكية عقار لا يكون إلا إذا روعيت فيه شكلية خاصة ينظمها قانون أو نظام خاص، وقرر فى ثانيهما أن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلزام بالتعويض .

ونحن لا يعنينا هنا أن نبحث العقد فذلك من مواضيع نظرية الالتزام وسنجبث نظام الشهر العقاري فى العراق (نظام الطابو) كوسيلة من وسائل الائتمان العقارى . ولهذا فإننا نكتفى عن العقد بما تقدم .

٣ ــ الشفعة

٣٨ ــ اختلف فقهاء القانون المدنى اختلافا كبيرا فى تكييف طبيعة الشفعة وهل هي حق أو رخصة ، وإذا كانت حقاً فهل هى حق عينى أو حق شخصى ولا نريد فى هذه المحاضرات الموجزة أن نعرض لهذا الخلاف وإنما نكتفى بأن نقول أن المشرع المصرى حسم هذا الخلاف بتعريف الشفعة بأنها « رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية » (م٩٣٥) ولم يحذ المشرع العراقى حذو المشرع المصرى فأنه قرر صراحة أن الشفعة هى « حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشترى بماقام عليه من الثمن والنفقات المعتادة (م١١٢٨).

والشفعة تثبت فى القانون المدنى العراقى :

(١) للشريك فى العقار الشائع ، ويعتبر الشريك فى أرض حائط فى حكم الشريك فى نفس العقار ويأتى فى مرتبته بعد الشريك فى الشيوع مباشرة .

(٢) للخليط فى حق ارتفاق للعقار المبيع .

(٣) للجار الملاصق إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من الدور أو من الأراضى المعدة للبناء أو إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع ، وإذا كان العلو والسفل لشخصين مختلفين اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر (قارن هذا بالمادة ٩٣٦ مصرى) .

وإذا تزاحم الشفعاء فإن استعمال حق الشفعة يكون على الترتيب السالف ، فإذا كانوا من طبقة واحدة قسم العقار المشفوع بين الطالبين بالتساوى لأن الشفعة على رءوس الرجال كما جاء فى الحديث ، إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأعم ، فمن له حق شرب فى الخرق المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب فى ذلك النهر ، ويقدم الخليط فى حق الشرب على الخليط فى حق المرور (١١٣١) .

وإذا كان مشترى العقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً فإنه يقدم على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى (م ١١٣٢) فإذا بيع عقار له جاران ملاصقان لأحد هذين الجارين فإنه لا يجوز للجار الآخر أن يطالب بالشفعة ولكن يجوز للشريك أو الخليط أن يطالب بها .

ولا تسمع دعوى الشفعة :

(ا) إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة .

(ب) إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشى لغاية الدرجة الرابعة .

(حـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه .

(د) إذا تنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع .

(هـ) إذا كان العقار المشفوع به وقفاً .

(و) إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق المحجورين والغائبين (م ١١٣٤) .

والشفعة لا تقبل التجزئة فلا يجوز للشفيع أن يطالب بالشفعة فى بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، ولكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقى (١١٣٥) .

وعلى الشفيع أن يطلب كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة (١/١١٣٦) .

وعلى من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشترى أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشترى وإلا سقط حقه ، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى وإلا كان الإنذار باطلا (١١٣٨) .

وعلى الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشترى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه ، وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة (١١٣٩) . وهى ترفع أمام محكمة البداءة الكائن فى دائرتها محل العقار ، وحيث أنها من الدعاوى المستعجلة لهذا فإنه يجوز رفعها خلال العطلة المنصوص عليها فى قانون المحاكم .

ويشترط فى الشفيع الذى يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ويقوم برفع دعواها أن يودع عند دفع هذه الدعوى لدى صندوق المحكمة مقداراً من المال يساوى نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وإلا سقط حقه (١١٤٠) (قارن م ٩٤٢ مصرى) .

وأكتفى بما تقدم فى الكلام عن الشفعة وأحب أن ألفت النظر فى هذا

الصدد إلى أن المشرع السورى لا يقرر الشفعة فقد ألغاها لأنها فى الواقع من الحقوق الضعيفة ولأن الحياة الاجتماعية والاقتصاديه فى البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها .

٤ ـ الحيازة (أو وضع اليد)

٣٩ ـ تناول المشرع العراقى الكلام عن الحيازة فى المواد (١١٤٤ ـ ١١٦٨) .

ونحن نتولى شرح الحيازة على النحو الآتى :

أولا : تعريفها وشروطها وأنواعها .

ثانياً : حماية الحيازة ـ دعاوى الحيازة .

ثالثاً : الحيازة قرينة على الملكية ـ التقادم أو مضى المدة .

رابعاً : الحيازة فى المنقول .

خامساً : تملك الحائز الثمار واسترداد المصروفات .

٤٠ ـ أولا ـ تعريف الحيازة وشروطها وأنواعها : تعرف الحيازة بأنها وضع مادى على شىء يجوز التعامل فيه والسيطرة عليه سيطرة فعلية والانتفاع به واستغلاله .

وقد اختلف فقهاء القانون المدنى فى تكييف طبيعة الحيازة ، فذهب بعضهم إلى أنها حق وذهب آخرون إلى أنها وضع مادى ، وقد حسم المشرع العراقى هذا الخلاف بإقرار الرأى الثانى (١١٤٥) .

ومن المقرر لدى فقهاء القانون المدنى أن للحيازة ركنين : ركن مادى Corpus وهو السيطرة المادية أو الفعلية على الشىء ، وركن معنوى Animus ويراد به أن تتوفر لدى الحائز نية استعمال الشىء المحجوز كالك أو كصاحب حق من الحقوق العينية الأصلية ، وهذا الركن هو الفارق بين الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية على ما سنرى .

وأما عن شروط الحيازة فإنه يفهم من الجمع بين الفقرة الثانية من المادة (١١٤٥) والمادة (١١٤٦) أنها كما يلى :

ان تكون مستمرة غير منقطعة : ولا يراد بالاستمرار أن تكون الأعمال المادية التى يجريها الحائز متصلة لا تنقطع فى كل لحظة أو دقيقة أو يوم ، وإنما يراد بالاستمرار أن يكون الحائز على صلة مباشرة بالشىء المحوز وأن يقوم بسلسلة من الأعمال المادية فى مواعيد منتظمة دورية تقطع فى الدلالة على انتفاعه بالشىء .

ب — أن تكون الحيازة هادئة : والمراد بالحيازة الهادئة تلك الحيازة التى خلت من استعمال العنف أو القوة ، ولا يشترط أن يوجه العنف ضد المالك الحقيق بل يكفى ان يوجه ضد الحائز الفعلى أو ضد أى حائز آخر مهما كانت صفته . ويلاحظ أن عيب الإكراه الذى قد يشوب الحيازة عيب نسبى فلا يمكن أن يحتج به الأمن وجه ضده ، وهذا معنى قول المشرع العراقى « إذا اقترنت الحيازة بإكراه ... فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه » .

حـ — أن تكون الحيازة ظاهرة غير خفية : ومن المتفق عليه أنه لا يشترط أن تكون الحيازة ظاهرة للناس كافة بل يكفى أن تكون معلومة من قبل المالك أو من يراد الاحتجاج عليه بها ولو كان أمرها خافياً عن باقى الناس . وليس من الضرورى أن يكون المالك الحقيق الذى يراد الاحتجاج بالحيازة ضده عالماً بوضع يد الحائز بل يكفى أن يكون فى استطاعته العلم به . ويجب أن تكون الحيازة ظاهرة طوال مدة وضع اليد فإذا بدأت خفية ثم أصبحت سافرة ظاهرة فأنها لا تنتج آثارها إلا من وقت زوال الخفاء » .

ء — ألا تكون غامضة : وقد عبر المشرع العراقى عن هذا الشرط بقوله « أو التبس عليه أمرها » (١١٤٦) ويراد بالغموض اللبس أو الشك الذى يشوب الحيازة بالنسبة إلى أحد عنصريها وبعبارة أخرى تعتبر الحيازة غامضة متى كانت تحتمل التأويل أو يمكن تفسيرها على أكثر من وجه . فوضع الشريك على الشيوع يده على المال المشاع يكون على الغالب حيازة مبهمة غير واضحة إذ قد يكون ذلك استنادا إلى حقه فى الملكية أو بصفته حائزاً

مستقلا بنية تملك العين ، وكذلك تعتبر حيازة رجال البادية للأراضى الفضاء حيازة مبهمة لأنهم قوم لايستقرون فى مكان واحد ، وإذا مات المورث عن عدة ورثة واستقل بعضهم بوضع يده على التركة فإن حيازته تعتبر غامضة مبهمة وكذلك الحال بين الزوجين .

هـ — ألا تقوم الحيازة على عمل من أعمال الاباحة أو التسامح : يجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح .

ويراد بأعمال الاباحة تلك الأعمال التى يباشرها المالك على ملكه استعمالا لرخصة مقررة فى القانون ، كاستعمال الشريك فى الحائط المشترك لهذا الحائط والمراد بأعمال التسامح الأعمال التى لا تستند إلى رخصة أو حق يقرره القانون ولكن جرى العرف على التساهل فيها وغض النظر عنها كأن يضع شخص سيارته أو بعض الأنقاض فى أرض فضاء مملوكة للغير .

٤١ — وأما عن أنواع الحيازة فأنها تقسم إلى نوعين حيازة حقيقية وهى الحيازة التى توافر لها ركناها المادى والمعنوى ، وحيازة عرضية وهى حيازة ينقصها العنصر المعنوى، والحائزون العرضيون على طبقتين : الأولى هى طبقة الحائزين الذين يستندون فى وضع يدهم على الشىء إلى عقد من العقود التى لا ترتب سوى حقوق شخصية كالمستأجر والمستعير والوديع والوكيل . والثانية هى طبقة الحائزين الذين يستندون فى وضع يدهم على الشىء إلى حق عينى غير الملكية فصاحب حق الانتفاع يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لملكيته الرقبة لأن السند الذى يتخذه أساسا لوضع يده على العين يتضمن اعترافا منه بملكيتها ، وكذلك الحال بالنسبة لصاحب حق الاستعمال والسكنى والمساطحة وصاحب حق التصرف فى الأراضى الأميرية . وقد أشار المشرع العراقى إلى الحيازة العرضية فى المادة (١١٦٠) التى يفهم منها أن الحائز العرضى ليس له أن يتمسك بالتقادم حتى ولو وضع يده على العين مدة تزيد عن مدة التقادم التى يقررها القانون وهذه هى الصفة الأساسية للحيازة العرضية

غير أن الحيازة العرضية قدتتغير صفتها فتنقلب إلى حيازة حقيقية يتوافر لها عنصراها المادى والمعنوى وتغير صفة الحيازة العرضية يكون بإحدى وسيلتين : الأولى أن تتغير صفتها بفعل الغير بأن ينقل الغير إلى الحائز ملكية العين ببيع أوهبة أو مقايضة أو كبدل صلح ؛ فالمستأجر الذى يشترى العين المؤجرة من غير مالكها الحقيقى يتغير سبب وضع يده وتصبح حيازته حيازة حقيقية مقترنه بنية التملك .

وقد تساءل الفقهاء عما إذا كان يشترط لتغير صفة الحيازة بهذه الوسيلة أن يكون الحائز حسن النية فذهب بعضهم إلى أن حسن النية ليس شرطا لتغير صفة الحيازة وذلك لأن القانون لم ينص صراحة على هذا الشرط ، وذهب معظمهم إلى اشتراط حسن النية لأن روح النص يوحى بهذا الشرط إذ أن المستأجر أو المزارع الذى يتعاقد مع شخص يعلم بأنه غيرمالك ينشىء لنفسه سببا يغير به صفة الحيازة وهو ما لاتجيزه الفقرة الأولى من المادة (١١٦٠)

الثانية : أن يحصل تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز العرضى بأن يتعرض للمالك فى ملكه ، ولم يبين القانون الاعمال التى يحصل بها هذا التعرض فقد تكون أعمالا مادية أو قانونية وهذه مسألة موضوعية يترك تقديرها للقضاء ألا أنه يشترط فى هذه الاعمال أن تدل دلالة قاطعة على أن الحائز العرضى ينكر على المالك ملكيته ويريد الاستئثار بها لنفسه كأن يهدم الدائن المرتهن حيازياً العقار المرهون ، ويعيد بناءه من جديد ، ويقف المالك من هذا الفعل مكتوف اليدين أوأن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة ويحتفظ بحيازة العين بأعمال إكراه يوجهها للمالك الحقيقى أو أن ينذر المستأجر المالك الحقيقى إنذاراً رسمياً يجابهه فيه صراحة بأن وضع يده قد أصبح مقروناً بنية التملك .

٤٢ — وتقضى المادة (١١٤٧) أنه يكفى أن يثبت الحائز أنه يحوز المال وعندئذ تعتبر هذه الحيازة قرينة على قيامها فى وقت سابق متى كانت هذه

الحيازة مستجمعة لشروطها القانونية ، وهذه القرينة بسيطة تقبل إقامة الدليل العكسى والقرينة فى هذه الحالة مبنية على ما يسميه فقهاء الشريعة « الاستصحاب » .

٤٣ — وتعرض المادة (١١٤٨) للحيازة بحسن نية وللحيازة بسوء نية فالحائز حسن النية هو الحائز الذى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير على أن لا يكون خطؤه فى هذا الجهل جسيما فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهيلا للإثبات فى مسائل معقدة تتعلق بالغوايا الخفية ، وإذا كان المشرع العراقى لم يشر كما فعل المشرع المصرى (٩٦٥) إلى أن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية فإننا نرى وجوب الأخذ بحكم القانون المصرى لاتفاقه مع القواعد العامة . وحسن النية يفترض دائماً وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ما يدعيه . على أن حسن نية الحائز يزول حتما من وقت إعلانه فى عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، ويعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته . وتبقى الصفة التى اقترنت بها الحيازة حتى يقوم الدليل على أنها تغيرت .

٤٤ — وتعرض المادة (١١٤٩) لانتقال الحيازة وضمها للخلف ، والخلف كما هو معروف عام وخاص ، أما بالنسبة للخلف العام فإن فقهاء القانون المدنى يقررون استناداً إلى القاعدة التى تقضى بأن الخلف يعتبر امتداداً لشخصية سلفه ، إن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفتها التى كانت عند السلف ومعنى هذا أنه إذا كان السلف حائزاً عرضياً فإن حيازة خلفه العام تكون عرضية كذلك ، وإذا كان السلف حائزاً حسن النية اعتبر الخلف كذلك ولو كان سىء النية . ونظراً لاختلاف فكرة الخلف العام فى فقه القانون المدنى العراقى عنها فى فقه القانون المدنى الفرنسى فإن المشرع العراقى لم يتبع الرأى المتقدم وأعطى للخلف العام حق التمسك بحسن نيته ولو كان سلفه سىء النية . هذا

ويلاحظ بالنسبة للخلف العام أن حيازة سلفه تنتقل إليه ومعنى هذا أننا لسنا فى صدد حيازة جديدة وإنما تكون الحيازة هى هى انتقلت عن طريق الوفاة إلى الخلف العام. أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يبدأ حيازة جديدة منفصلة عن حيازة سلفه ومستقلة عنها إلا أن له الحق فى أن (يضم) إلى حيازته حيازة سلفه إذا اقتضت مصلحته ذلك.

٤٥ — ثانياً : حماية الحيازة : — وضع المشرع للحيازة دعاوى ثلاث تحميها وهى :

(١) دعوى استرداد الحيازة : وقد كانت هذه الدعوى تعرف فى التشريع العراقى باسم دعوى رفع اليد . وترمى هذه الدعوى إلى إعادة وضع يد الحائز الذى سلبت حيازته ، وقد نص على هذه الدعوى فى المادة (١١٥٠) ويفهم من نص الفقرة الأولى أنه يشترط أن ترفع هذه الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً أو لكشف انتزاعها خلسة ، وترفع ضد من انتزع الحيازة أو خلفه ولو كان حسن النية وذلك أمام محكمة الصلح الكائن فى دائرتها محل العقار ، على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استحدث حيازته سنة كاملة على الأقل فإن لم تكن كذلك وانتزعت منه كان من انتزع الحيازة هو الحائز الذى تحمى حيازته وذلك لأن المشرع رأى أن الحيازة التى تستحق الحماية بهذه الدعاوى هى الحيازة التى استطالت مدة سنة على الأقل.

وتقرر الفقرة الثانية من المادة السالفة حالة استرداد الحيازة استناداً إلى الحيازة الفضل ، فإنه إذا أراد الحائز استرداد العين وكان كل من المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة فإنه يحكم لمصلحة من كانت حيازته أفضل . فإذا تنازع شخصان على الحيازة ولم يكن قد مضى على وضع يد كل منهما سنة وكان أحدهما يستند إلى سند قانونى فضل على الثانى ، وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً فضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو أشخاص متعددين ، فإذا ادعى أحد الطرفين

أنه أوصى له بالعقار ، وادعى الثانى بأنه ورثه فإنّ حيازة الموصى له هى الفضلى لأنها أسبق فى تاريخ السند القانونى الذى يستند إليه طالب الاسترداد وإذا كان أحدهما قد تلقى العقار عن الآخر فضل صاحب السند المتأخر ، وذلك لأن هذا السند جعل ما قبله لغواً عديم القيمة ، وإذا تعادلت السندات أو لم يكن أى من المتنازعين يستند إلى سند قانونى فضل من كان أسبق فى الحيازة فإذا تساويا اشتركا فيها .

وتقرر الفقرة الثالثة من المادة السالفة أنه إذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة حكم بإعادة يده وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته ، والحكمة فى هذا النص واضحة ذلك أن الاعتداء على الحيازة جريمة مدنية بل قد تكون فى بعض الأحيان جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات فلو أن المشرع سمح لكل شخص بأن يرد العدوان بمثله إذن لاضطرب نظام المجتمع وعاث فيه القوى فساداً .

٤٥ — وتقرر المادة (١١٥١) بأنه إذا أقام الحائز دعوى رفع اليد لاسترداد حيازته فله أن يطلب منع المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار فى العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير محق فى دعواه ولا مقابل لهذه المادة فى التشريع المصرى (ولا السورى) وقد اقتبسها مشرعنا من المادة (١٩) من قانون المحاكم الصلحية .

٤٦ — وتقرر المادة (١١٥٢) بأنه « إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً فى عقار المتنازع فيه قبل أن يمنع من ذلك فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار فى حيازته حتى يفصل فى دعوى الملكية بشرط أن يقدم تأمينات كافيه لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر إذا لم يثبت المدعى عليه ملكيته وبشرط أن يرفع دعوى الملكية خلال شهر واحد من تاريخ تقديمه هذه التأمينات ، فإذا لم يقدم التأمينات المذكورة

أو تأخر فى رفع دعوى الملكية عن الميعاد المذكور سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأمينات الكافية وإلا سلم إلى عدل وإذا كان البناء أو الغراس واقعاً فى قسم من العقار المتنازع فيه فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم وتعاد يد المدعى على الباقى من العقار ، وهذه المادة منقولة عن المادة (٢٠ صلح) .

٤٧ — وتقرر المادة (١١٥٣) أنه « إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك فى العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى ، وإذا كان البذر لم ينبت فللمدعى الخيار إن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار ، وإذا كان البذر نابتاً ولم يدرك فللمدعى الخيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته على أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه » (منقولة عن م ٢١ صلح)

٤٨ — (ب) دعوى منع التعرض : عرضت المادة (١١٥٤) هذه الدعوى وبنيت شروطها ، والغاية من هذه الدعوى حماية يد الحائز من كل تعرض يعكر عليه صفو حيازته متى توافرت فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون هناك حيازة مستجمعة لشروطها القانونية التى تقدم ذكرها .

(٢) أن يكون الحائز قد وضع يده لمدة سنة على الأقل قبل حصول التعرض ويستطيع ، واضع اليد أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد من سبقوه فيجوز للخلف العام أن يتمسك بحيازة سلفه كما يجوز ذلك للخلف الخاص لإكمال نصاب السنة اللازم لهذه الدعوى .

٣ — أن يقع التعرض فعلا إذ لا تكفى خشية التعرض لرفع هذه الدعوى . ولا يهم بعدهذا أن يكون التعرض قانونياً أومادياً ومثال التعرض

القانونى رفع دعوى الحيازة فهو تعرض بالنسبة للمدعى عليه ، ويعتبر تنفيذ الحكم تعرضاً إذا تناول عقاراً فى حيازة شخص لم يكن طرفاً فى الدعوى . ومثال التعرض المادى أعمال العنف والقوة كإقامة بناء أو إحداث حفرة أو حصد المحاصيل أو حرث الأرض أو المرور فيها أو إقامة أسلاك كهربائية على سطح البناء .

٤ — أن ترفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعرض .

٤٩ — حـ — دعوى وقف الأعمال الجديدة : — وقد عرضت لها المادة (١١٥٥) ويفهم من نص هذه المادة أنه يشترط فى دعوى وقف الأعمال الجديدة كذلك أن يكون المدعى قد حاز العقار لمدة سنة على الأقل على أن تستجمع الحيازة شروطها القانونية ، وأن ترفع قبل إتمام الأعمال الجديدة وقبل البدء فيها بسنة على كل حال . وتصدر المحكمة حكماً مؤقتاً بوقف الأعمال أو باستمرارها ويجوز لها فى كلتا الحالتين أن تأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشىء من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى فى الموضوع أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب المدعى إذا تبين أنه محق فى دعواه بحكم نهائى فى الموضوع .

٥٠ — وتقضى المادة (١١٥٦) أنه « لا يفيد الحكم برفع اليد ورد الحيازة أو الحكم بمنع التعرض أو الحكم بوقف الأعمال الجديدة القضاء بملكية العقار لمن حكم له » ، ويشير هذا النص إلى التفرقة بين دعاوى الحيازة وبين دعاوى الملكية ، فدعاوى الحيازة بصرف النظر عن أساسها وعن استنادها إلى حق الملكية ترمى إلى حماية وضع اليد ، أما دعوى الملكية فإنها ترمى إلى حماية حق الملكية ذاته وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ، واستناداً إلى هذه التفرقة لا يجوز لمحكمة الصلح التى رفعت أمامها إحدى دعاوى وضع اليد أن تتعرض لموضوع الملكية بل

يجب أن ينصب بحثها على ماهية الحيازة والنظر فى توافر شروطها ، وإذا ما دعت ضرورة هذا البحث إلى الرجوع إلى مستندات الملكية فإن ذلك يكون على سبيل الاستئناس وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط الحيازة .

٥١ ـــ ثالثاً : الحيازة قرينة على الملكية ـــ التقادم المكسب : ـــ تقرر المادة (١١٥٧) أنه « ١ ـــ من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس. ٢ ـــ وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبة على حق شخصى أو على حق عينى غير الملكية اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . ومعنى هذا النص أنه إذا ثبتت الحيازة لشخص فإنها تكون قرينة على ملكيته للعين فيفرض أن الحائز مالك حتى يقوم الدليل على العكس لذلك كان الحائز مدعى عليه فى دعاوى الملكية .

ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية إذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلت بمقتضاه الحيازة ، فالمستأجر مثلا لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية ، بل أن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة فيكون المستأجر بالنسبة للحيازة ـــ وبناء على هذا العقد ـــ حائزاً لا لحق الملكية بل لحق شخصى هو حقه كمستأجر .

٥٢ ـــ وهذه القرينة البسيطة التى أقامها المشرع لمصلحة الحائز فعده مالكاً حتى يقوم الدليل العكس تنقلب إلى قرينة قانونية قاطعة إذا استطال وضع اليد فترة يحددها القانون ومن هنا كان وضع اليد أو الحيازة سبباً من أسباب اكتساب الملكية . وإذا بدا أن التقادم المكسب عبارة عن طريق يقرره المشرع لتبرير الاغتصاب وتحويله إلى حق إلا أن القانون اضطر إلى

تبنى هذا النظام لغاية سامية تتعلق بالمصلحة العامة وهى ضرورة وضع حد لدعوى الغير وإيجاد الثقة فى نفوس الناس .

٥٣ – وتقرر الفقرة الأولى من المادة (١١٥٨) بأن « من حاز منقولا أو عقاراً غير مسجل فى دائرة الطابو باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العينى من أحد ليس بذى عذر شرعى » . تبين هذه الفقرة طريقة ومحل التملك بالتقادم الطويل وهو التقادم الذى يكون فيه الحائز سيء النية .

ويشترط للتملك بمضى المدة الطويلة أن يكون العقار أو الحق العينى العقارى غير مسجل فى دائرة الطابو وهذا الحكم يعتبر مظهراً من مظاهر عدم هضم واستساغة المشرع العراقى لهذه القاعدة ، فقد كاد حكم هذه المادة يصبح أثراً بعد عين وحكماً على ورق لا تطبيقاً للواقع وسداً للحاجات العملية فالعقارات غير المسجلة فى دائرة الطابو وإن كانت موجودة بالفعل إلا أنها آخذة فى النقصان بسبب أعمال التسجيل المستمرة التى تقوم بها لجان التسوية من جهة وبسبب زيادة الوعى والثقافة عند أفراد الشعب من جهة أخرى .

ويشترط للتملك بالتقادم الطويل أن ينكر واضع اليد دعوى الملك أو دعوى الحق العينى ، وهذا التعبير مقتبس من فقهاء الشريعة ، فالشريعة ، تذهب إلى أن الحق لا يسقط ولا يكتسب بمرور الزمان ولا تعترف بأن الغصب يكون طريقاً للتملك بمضى المدة ولكنها ترى أن ترك المدعى الدعوى زمانا مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق ظاهراً ولذلك فهى تقضى بمنعه من دعواه بعد مضى هذه المدة بناء على تلك القرينة . وبطبيعة الحال تنتفى هذه القرينة إذا أقر المدعى عليه بالحق المطلوب ، ولذلك فالقاعدة الشرعية هى أن عدم سماع القاضى للدعوى بعد مضى المدة المحددة لسماعها إنما يكون عند إنكار الخصم فقط .

٥٤ – وتعرض الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) إلى التقادم الخمسى وتشترط له إلى جانب كون العقار أو الحق العينى العقارى الذى تنصب الحيازة عليه غير مسجل فى دائرة الطابو أن يستند إلى حسن نيـة وإلى سبب صحيح (أو زعم سبب شرعى). ثم تحدد الفقرة الثالثة مايعتبر سبباً صحيحاً بإحدى الوسائل الآتية :

(ا) الاستيلاء على الأراضى الموات .

(ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية .

(ح) الهبة . (ى) البيع أو الفراغ .

وواضح أن الاستيلاء والإرث حوادث أو وقائع قانونية تنقل الملكية وإن الوصية والهبة والبيع والفراغ سندات أو أعمال قانونية ومعنى هذا إن السبب الصحيح فى نظر المشرع العراقى أوسع منه فى فقه القانون المصرى (أو الفرنسى) الذى يقصره على العمل القانونى الذى يكون بطبيعته وشكله ناقلا للملكية والذى يعتوره عيب يمنع من انتقالها متى كان الحائز يجهل هذا العيب وعلى هذا الأساس فإن الميراث فى هذين القانونين لا يعتبر سبباً صحيحاً لأنه ليس للوارث وهو خلف عام أن يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه .

ونتولى الآن بحث العقود التى تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً :

٥٥ – الهبة : – قد يتبادر إلى الذهن القول بأنه لما كنا فى معرض الحيازة التى تنصب على عقار أو على حق عينى عقارى فإن هبة هذا العقار أو الحق العينى لا تنعقد إلا بتسجيلها فى دائرة الطابو (م ٦٠٢) وأنه يشترط لكى تعتبر الهبة سبباً صحيحاً أن تكون مسجلة فى دائرة الطابو ، ومع هذا فإنه ينبغى أن لا يغيب عنا أن التملك بمضى المدة الطويلة أو القصيرة لا يرد مطلقاً على العقارات أو الحقوق العينية المسجلة فى دائرة الطابو وعلى هذا فإن اشتراط تسجيل العقد لاعتباره سبباً صحيحاً تناقض من شأنه أن يعطل أحكام التقادم الطويل والقصير على السواء .

٥٦ — البيع : ماقلناه عن الهبة يصدق كذلك على البيع إذ لايشترط لاعتبار البيع سبباً صحيحاً أن يكون مسجلاً فى دائرة الطابو .

٥٧ — الفراغ : إذا كنا قد ذهبنا إلى أنه لايشترط فى الهبة ولا فى البيع لاعتبارهما سبباً صحيحاً أن يكونا مسجلين فى دائرة الطابو فإننا لا نستطيع الأخذ بهذا الرأى فى حالة الفراغ ، فإذا كانت هناك بعض العقارات لاتزال غير مسجلة فإن التصرف فى الأراضى الأميرية يكون مسجلاً على الدوام ولهذا فإن الفراغ الذى لم يسجله المتعاقدان يعتبر غير منعقد ولا يترتب عليه أى أثر قانونى فهو لايصلح لأن يكون سبباً صحيحاً للتقادم الخمسى وبهذا المعنى قضت محكمه التمييز العراقية فى حكم لها جاء فيه أن التصرف المقصود فى المادة (٢٠) من قانون الأراضى يجب أن يكون مطلقاً أى غير مستند إلى بيع خارجى ، ذلك البيع الذى لايقيد الحكم ولا يعتبر قانونا.

٥٨ — وتقرر المادة (١١٥٩) أنه « إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة مابين الزمنين مالم يقم الدليل على العكس » . وتقرر المادة (١١٦٠) أنه « (١) ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة . (٢) ولكن يستطيع أن يحتج بالتقادم إذا تغيرت حيازته أما بفعل الغير وإما بمعارضة منه هو لحق المالك ولا يبدأ سريان التقادم فى هذه الحالة إلا من تاريخ هذا التغيير » وواضح أن هذه المادة تعرض للحيازة العرضية وقد سبق شرحها فيما تقدم .

وتقرر المادة (١١٦١) أنه « لاينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى إعادة اليد فى هذا الميعاد » . وتقضى المادة (١١٦٢) بأنه « تسرى قواعد التقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام على التقادم المانع من سماع الدعوى بالملك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم

المانع من سماع دعوى الملك ومع مراعاة الأحكام السابقة ». والبحث المفصل فى كل هذه المسائل من مواضيع التقادم المسقط فى أحكام الالتزام فليرجع إليه .

٥٩ ـــ رابعاً : الحيازة فى المنقول : قررت المادة (١١٦٣) قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ويفهم من نص المادة أن نطاق تطبيق هذه القاعدة ينحصر فى المنقولات المادية وفى السندات لحاملها ومعنى هذا أن هذه القاعدة لاتسرى على المنقولات التى أصبحت عقارات بالتخصيص لأن تخصيصها أو رصدها لخدمة العقار اكسبها صفته كما أنها لاتسرى على المنقولات المعنوية كالملكية الأدبية والفنية . ويستثنى من المنقولات المادية التى تطبق عليها القاعدة :

(١) المنقولات المخصصة للانتفاع العام كالأسلحة والمهمات الحربية والمنقولات التى فى المتاحف .

(٢) المنقولات التى يشترط القانون لانتقالها شكلية خاصة كالسفن والطائرات .

(٣) محال التجارة وذلك لأن المحل التجارى لايشتمل على البضائع والأشياء المادية الموجودة فيه فحسب ولكنه يشتمل فوق هذا على العملاء وحق الإيجار وإسم المحل وكل هذه الأشياء تكون مجموعة واحدة يعتبرها الفقه من الأشياء المعنوية التى لاتخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية

ويشترط لتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول توافر شروط ثلاثة وهى : الحيازة وحسن النية والسبب الصحيح .

٦٠ ـــ وتقضى المادة (١١٦٤) أنه « استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة » . والحكمة التى جعلت المشرع يثبت هذا النص أن المنقول إذ يخرج من تحت يد مالكه بضياع أو سرقة أو اغتصاب أو خيانة أمانة

فإنما هو يخرج من تحت يده كرهاً وعلى غير إرادته ولا يمكن نسبة أى تقصير أو خطأ إليه فأكثر الناس حرصاً على أمواله قد يكون عرضة لضياعها أو سرقتها الخ ، ولهذا وجد المشرع نفسه بين شخصين لكل منهما حق التملك أولهما المالك الحقيقى وثانيهما الحائز ولهذا فضل الأول إذ يكون الحائز فى أغلب الأحوال مقصراً فإن هناك عوامل كثيرة قد ترشده إلى كون المال ضائعاً أو مسروقاً أو مغتصباً .

٦١ ــ خامسا : تملك الحائز الثمار واسترداد المصروفات : تقرر المادة (١١٦٥) أنه « يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته » .

وتقرر المادة (١١٦٦) انه « يكون الحائز سىء النية مسئولا من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . وإذا أردنا تأصيل هذه القاعدة فأنه لا سبيل لنا إلا إلى ردها إلى إعتبار سليم من العدالة فالحائز حسن النية وضع يده على الشىء وهو يعتقد انه مالك له وانه لا يعتدى على حق للغير ولهذا فأنه سوف يبذل جهده وعنايته لاستغلاله والانتفاع به فكان حقاًله أن يستأثر بثمراته جزاء مابذل من جهد وما أنفق من مال ووقت فالعدالة تأبى بأن تلزم الحائز حسن النية برد الثمار جملة واحدة ومن تاريخ وضع يده على العين لأن فى ذلك أرهاقاً له قد يؤدى به إلى الخراب والدمار

ولم يفرق المشرع العراقى ، كما تفعل معظم القوانين المدنية ، بين الثمار الطبيعية والمدنية والصناعية ، وجعل تملك الحائز حسن النية لها من تاريخ الاستيفاء أو القبض ، ويترتب على هذا أنه إذا استوفى الحائز حسن النية الذى وضع يده على قطعة أرض أو منزل أو سيارة أجرة هذه العين مقدماً فأنه لا يلزم فى فقه القانون المدنى العراقى ، على ما نرى برد شىء من هذه المنافع لأنه استوفاها ، وهو يلزم برد الأجرة المعجلة من الوقت الذى أصبح فيه حائزاً سىء النية وفقاً لفقه القانون المدنى المصرى (م ٩٧٨ / ٢)

وتقرر المادة (١١٦٧) بأن « (١) على المالك الذى رد اليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية . والمصروفات الاضطرارية هى المصروفات غير الاعتيادية التى يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك . (٢) أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المواد (١١١٩ و ١١٢٠) . (٣) وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشىء منها وعلى ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى إلا إذا آثر المالك أن يستبقيها فى نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع » . وبناء على هذا النص يجب أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات .

١ — المصروفات الضرورية التى انفقت لحفظ العين وصيانتها من الهلاك وهذه المصروفات حق للحائز سواء كان حسن النية أم سيئها فله أن يسترد ما أنفقه منها .

٢ — المصروفات النافعة وهنا تجب التفرقه بين ما إذا كان الحائز حسن النية أم سيئها ، فإذا كان حسن النية فإنه لا يجوز للمالك أن يطالب بإزالة آثار هذه النفقات وإنما هو يستحق قيمة مازاد فى العين بسبب هذه المصاريف هذا مع ملاحظة أنه إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد صرفت على إقامة بناء أو غراس أو منشئات أخرى على الأرض المحجوزة وكانت قيمة هذه المحدثات تزيد عن قيمة الأرض فإنه يجوز لواضع اليد فى هذه الحالة أن يمتلك الأرض بثمن مثلها ، أما إذا كان الحائز سىء النية فأنه لا يستحق إلا قيمة هذه المزيادات مستحقة القلع .

٣ — المصروفات الكمالية وفيها يخير المالك بين طلب نزعها على أن يعيد الحائز العين إلى ما كانت عليه وبين دفع قيمتها مستحقة القلع يستوى فى هذا أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وتقرر المادة (١١٦٨) بأنه إذا كان الحائز سىء النيه فأنه يكون مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجىء إلا إذا أثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه وهذه إعادة تطبيق للقواعد العامة .

وبهذا ننتهى من الكلام عن الملكية .

الفصل الثانى

حق التصرف والعقر

٦٢ — تمهيد وتقسيم : ورث العراق فيما ورث عن الدولة العثمانية جملة من القوانين العتيقة البالية التى لا تنسجم إلا مع روح القرون الوسطى ومع الظروف الخاصة التى كان يمر فيها (الرجل المريض) ومن أبرز هذه القوانين قانون الاراضى الصادر قبل مائة عام تقريباً (١٢٧٤ هـ ١٨٥٨ م) والذى عدل فى أوقات مختلفة وألحقت به قوانين أخرى تتصل به مما لا نرى حاجة إلى الإشارة إليه . وقد بقيت هذه القوانين نافذة فى العراق حتى صدر القانون المدنى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فألغى بمقتضى نص المادة (١٣٨١/٤) قانون الأراضى وقانون التصرف فى الأموال غير المنقولة وقانون تقسيم الأموال غير المنقوله وقانون الانتقال ، وقد استعاض عن هذه القوانين بالمواد (١١٦٩ – ١٢٤٨) وهى المواد التى سنتناولها بالشرح .

خصص المشرع العراقى الباب الثانى من الكتاب الثالث للحقوق المتفرعة عن حق الملكيه ، وخصص الفصل الأول من هذا الباب لحق التصرف والعقر وقسم هذا الفصل إلى أربعة فروع : أولها لنطاق حق التصرف ووسائل حمايته ، وثانيها لأسباب كسب حق التصرف ، وثالثها لأسباب انقضاء حق التصرف ، ورابعها لأحكام ختامية ، ونحن نتابع تقسيم القانون فنفرد لكل فرع من هذه الفروع مبحثاً خاصاً به .

المبحث الأول

نطاق حق التصرف ووسائل حمايته

٦٣ — تناول المشرع فى بحثه لنطاق حق التصرف الكلام عن مدى هذا الحق وما يرد عليه من قيود وحماية هذا الحق والشيوع فى حق التصرف .

٦٤ — أولا مدى حق التصرف اعتاد من بحث فى قانون الأراضى أن يبدأوا بحثهم لشرح تقسيم الأراضى التى أشارت إليها المادة الأولى من القانون المذكور : وهى

(١) الأراضى المملوكة : وهى الأراضى التى تكون رقبتها مملوكة لغير الدولة من الأفراد أو الأشخاص المعنوية .

(٢) الأراضى الأميرية : وهى الأراضى التى تقود رقبتها للدولة أو لبيت المال كما يقول الفقهاء .

(٣) الأراضى الموقوفة : وهى الأراضى التى حسبت أعيانها وصرفت غلتها على جهة من جهات البر ولو فى الانتهاء .

(٤) الأراضى المتروكة : وهى عبارة عن الأراضى المخصصة للانتفاع العام كالطرق والمراعى فهى الأراضى التى تعتبر من الدومين العام .

(٥) الأراضى الموات : وهى عبارة عن الأراضى الخالية التى ليست مخصصة للانتفاع العام ولا مملوكة لأحد .

٦٥ — وتقسم الأراضى الأميرية إلى ثلاثة أقسام : فهى إما أن تكون صرفة أو مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة .

ويراد بالأراضى الأميرية الصرفة تلك الاراضى المملوكة للدولة والتى لا يثقلها حق التصرف للغير وقد كانت هذه الأراضى موضع عناية الحكومة العراقية منذ عام ١٩٤٤ فقد اتخذت منها وسيلة فعالة لتشجيع وبعث الملكية الصغيرة فى العراق . فتقدمت إلى مجلس الأمة بلائحة قانون باسم « قانون أعمار واستثمار أراضى الدجيلة، الغاية منه كما تقول الأسباب الموجبة (المذكرة الإيضاحية) هى «افساح المجال لأكبر عدد من الفلاحين للحصول على أراضى زراعية وإعمارها وفق منهاج زراعى حديث لتشرف على تطبيقه لجنة تؤلف لهذا الغرض وسوف تكون هذه المنطقة عند إعمارها واستثمارها وفق المنهاج المذكور منطقة نموذجية تعمل الحكومة على إعمار مناطق أخرى على غرارها فى سائر أنحاء العراق ، وقد قسمت هذه الأراضى على وحدات

لا تزيد مساحة كل منها عن (٢٠٠ مشارة ولا تقل عن ١٠٠) وزعت مجاناً على الفلاحين الذين يمتهنون الزراعة فعلا ، وقد نص القانون المذكور على تفويض هذه الوحدات إلى المستثمرين بدون مقابل بعد مضى عشر سنوات من تاريخ التوزيع إذا ثبت أنهم قاموا بكافة الالتزامات المفروضة عليهم .

وقد كانت هذه الخطوة خطوة موفقة ناجحة مما شجع الحكومة على تعديل هـذا القانون والاستعاضة عنه بقانون آخر يشمل مناطق العراق الأخرى وهكذا صدر قانون إعمار واستثمار الأراضى الأميرية الصرفة رقم (٤٣ لسنة ١٩٥١) واستناداً إلى هـذا القانون صدر نظام إعمار واستثمار الأراضى الأميرية الصرفة رقم(٥٢) لسنة ١٩٥٢ . ثم صدر المرسوم رقم(٤) لسنة١٩٥٢معدلا لبعض أحكام قانون إعمار واستثمار الأراضى الأميرية الصرفة ويتولى مجلس الإعمار أو الحكومة الانفاق على إعمار الأراضى والقيام بما يلزم من حفريات وإنشاءات وطرق ومنازل ودور سكنى وغير ذلك ، وتشرف على توزيع وإعمار هذه الأراضى لجنة خاصة يرأسها موظف من درجة مدير عام ، ويجوز تسليف المستثمر عند منحه الوحدة الزراعية كما يجوز تسليف الجمعيات التعاونية التى ينشئها المستثمرون .

٦٦ — ويراد بالأراضى الأميرية المفوضة بالطابو تلك الأراضى المملوكة للدولة والتى رتبت الدولة للغير حق تصرف فيها مقابل بدل معجل .

ويراد بالأراضى الأميرية الممنوحة باللزمة تلك الأراضى المملوكة للدولة والتى منحت باللزمة لمن وضع يده عليها — مغرسها أو زرعها — هذا ويلاحظ أن القانون المدنى العراقى لم يلغ قانون اللزمة (رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ مع تعديلاته). ولهذا فإن أحكام هذا القانون لا تزال نافذة ، وتكاد تكون حقوق الملتزم كحقوق المتصرف فى الأراضى الأميرية .

٦٧ — إن حق المتصرف فى الأراضى الأميرية يشبه إلى حد كبير من المنتفع بالأراضى الخراجية قبل زوالها من مصر ، وهو فى نطاق يشبه حق الانتفاع غير أن هذا الحق ينتهى حتما بوفاة المنتفع أولا وهو يرد على

الأشياء المملوكة والأميرية عقاراً كانت أو منقولا ، أما حق التصرف فإنه لاينتهى بوفاة المتصرف وإنما هو ينقل إلى خلفه العام بمقتضى نظام خاص وهو ينحصر فى الأراضى المملوكة للدولة لا غير . وعلى كل حال فقد قطع المشرع العراقى كل خلاف حول طبيعة حق المتصرف وتكييفه القانونى فعده حقاً عينياً أصلياً من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية .

٦٨ – تعرض المادة (١١٦٩) لحق المتصرف فى الانتفاع بالأرض الأميرية وهى تقسم هذا الانتفاع إلى مادى وقانونى فالفقرة الأولى منها تتناول صور الانتفاع المادى فهى تعطى للمتصرف الانتفاع بالأرض وبزوائدها وأخذ ماينبت فيها من كلأ وأعشاب وأحطاب وأن يزرعها بما يريد مع مراعاة الأحكام الخاصة التى قد تقيد من هذا الحق كالقيود المعلقة بزراعة الأرز والتبغ والقطن والحشيشة الهندى وخشخاش الأفيون ، وله أن يقيم عليها الأبنية الخاصة بالزراعة كحظائر المواشى ومعامل الألبان وحلج القطن ومخازن الحبوب وبيوت الفلاحين وما شاكل ذلك . وله أن يتخذ الأرض حديقة أو بستاناً أو غابة أو مرعى إلخ .

ثم تعرض الفقرة الثانية لبيان التصرفات القانونية التى يجوز للمتصرف القيام بها فهى تنص على أنه يجوز له أن يفرغها وأن يؤجرها أو يعيرها أو يرهنها إلخ .

وواضح أن الفقرتين السالفتين من باب اللغو الذى يكثر فى ثنايا التشريع العراقى إذ كان فى إمكانه أن يستغنى عنهما بما جاء فى الفقرة الثالثة التى تقرر « وله بوجه عام أن ينتفع بالأرض وأن يستغلها وأن يتصرف فى حقه عليها فى حدود القانون ، وتبقى فى كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة » .

وتقرر المادة (١١٧٠) أن ما يغرس وما يقام على الأرض الأميرية من أبنية يتبع الأرض فى الانتقال وتقرر المادة (١١٧١) أن حق التصرف عنصر من عناصر الذمة المالية فهو جزء من الضمان العام للدائنين وعلى هذا فأنه يجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو كان ذلك بعد وفاة

المدين ، والمادة المذكورة حشو لا فائدة فيه نقلها مشرعنا عن قانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين .

٦٩ — ثانياً : القيود التى ترد على حق التصرف : — لما كانت رقبة الأرض مملوكة للدولة فإنه لا يجوز للمتصرف أن يوقفها أو أن يوصى بها (م ١١٧٢) وما يرد على حق الملكية من قيود غير قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف (م ١١٧٣) . وتقرر المادة (١١٧٤) أنه :

(١) يبقى محترماً ما كان قديماً من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرعى وغيرها من حقوق الارتفاق على الأراضى الأميرية .

(٢) ولكن الضرر لا يكون قديماً فلا يجوز تسريح المواشى بين المزروعات والكروم والبساتين وإن كان قد سبق تسريحها قديماً ويضمن صاحبها ما تحدثه من الضرر ، ولا يجوز بعد حصد المحصول تسريح المواشى إلا فى الأماكن التى كانت تسرح فيها من القديم ، وهذه المادة منقولة عن المادة (١٢٥) ق (ق . ؟) وهى عبارة عن جزئيات فى القواعد العامة ما يكفى لحلها وبيان حكمها .

٧٠ — ثالثاً : حماية حق التصرف : — تقرر المادة (١١٧٥) بأسلوبها الفقهى وتفصيلاتها المملة حماية حق التصرف من الاعتداء المادى ، فهى تقرر أنه لا يحق للغير إحراز الحاصلات المستنبتة فى الأرض أو النامية فيها بفعل الطبيعة وفى هذا يختلف حق المتصرف فى الأرض الأميرية عن حق مالك الأرض فقد عرفنا أن الكلأ من الأشياء المباحة التى تكون ملكاً لأول واضع يد .

وتقرر المادة (١١٧٦) للمتصرف حق استرداد الأرض من غاصبها وحق المطالبة بأجر المثل عن مدة بقائها فى حوزته ، وإذا كان المغتصب قد أقام أبنية أو منشآت أو غرس أشجاراً فللمتصرف حق طلب إزالتها إذا لم يكن القلع أو الهدم مضراً وإلا تملكها بقيمتها مستحقة القلع ، وإذا كان المغتصب قد بذر الأرض فإن للمتصرف أن يختار بين أن يترك الأرض

تحت يد الغاصب بأجر مثلها وبين أن يتملك هذه البذور بمثلها أو قيمتها .

وتعطى المادة (١١٧٧) للمتصرف دعاوى وضع اليد وفقاً للإجراءات والشروط التى سبق الكلام عنها فى الملكية .

وتقرر المادة (١١٧٨) عدم جواز حرمان المتصرف من حقه فى التصرف إلا فى الأحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً ، هذا ويلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كانت الأرض ممنوحة بالإلزمة فإن نصف البدل يكون للدولة ونصفه للملتزم .

٧١ — رابعاً : الشيوع فى حق التصرف . الشيوع فى حق التصرف عبارة عن أن يملك شخصان أو أكثر حق التصرف فى الأرض الأميرية على سبيل الشيوع . وقد عرفنا أن القاعدة العامة فى الملكية المشاعة أن كل شريك يعتبر مالكا لحصته أجنبياً عن حصص الآخرين ، وتطبق هذه القاعدة على التصرف المشاع . وعرفنا أنه لا يجوز للملاك على الشيوع أن يدخلوا على المال المشاع من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له هذا المال ما يخرج عن حدود الإدارة المضادة إلا إذا توافر شرطان أولهما اتفاق أصحاب القدر الأكبر من الحصص وثانيهما إذن المحكمة (م ١٠٦٥)

وأرى أنه لا يجوز الأخذ بهذا الحكم فى التصرف المشاع وذلك لأن المادة (١١٧٩) تقرر أنه لا يجوز لأحد المتصرفين على الشيوع أن يحيل الأرض التى هى غابة أو مدخل إلى مزرعة بدون إذن بقية الشركاء ، فإن فعل فإنهم يشتركون فى المزرعة بدون عوض ويأخذون نصيبهم من الأشجار المقطوعة أو من قيمتها قائمة على حسب الأحوال .

وتقرر المادة (١١٨٠) أنه إذا طعم أحد المتصرفين أشجاراً نابتة من تلقاء نفسها ورباها فإنه يتملكها دون سائر شركائه ، وقد اقتبس المشرع هذا الحكم من المادة (٢٦) من قانون الأراضى ، وواضح أنه يشترط لتطبيق حكم هذه المادة أن تكون الأشجار نابتة من تلقاء نفسها وألا يكون بين الشركاء اتفاق خاص على مصير الأشجار المطعمة ، فإذا توافر هذان الشرطان

فإن هذه الأشجار تصبح (ملكا) لمن قام بتطعيمها وبالتالى فإنها لا تتبع الأرض فى طريقة الانتقال وإنما تعتبر تركة يتلقاها الخلف العام على حسب القواعد المقررة فى الميراث لا الانتقال .

وتقرر المادة (١١٨١) تطبيق أحكام الشيوع فى حق الملكية على الشيوع فى التصرف إلا ما تعارض منها مع نص خاص أو مع طبيعة التصرف ، وتطبق بنوع خاص الأحكام المتعلقة بحقوق الشركاء والتزاماتهم وبمدة بقائهم فى الشيوع وبإدارة المال الشائع وبقسمته قسمة مهايأة .

وقد خصص المشرع المادة (١١٨٢) لقسمة التصرف المشاع قسمة مهايأة ، فبعد أن تقرر الفقرة الأولى من المادة السالفة خضوع قسمة التصرف المشاع وإفراغه لأحكام قسمة المال المشاع تقرر الفقرة الثانية منها أنه لا تجوز القسمة ولو كانت رضائية فى الأراضى الأميرية إلا إذا كانت هذه الأراضى قابلة للقسمة وكان فى إمكان الشريك أن ينتفع بحصته المعزرة بقدر ما كان ينتفع بحصته الشائعة .

وواضح أن المشرع خرج فى هذا الحكم على القواعد المقررة فى قسمة الأعيان المملوكة إذ من المقرر أنه تجوز قسمة هذه الأعيان قسمة رضائية بصرف النظر عما إذا كانت العين المشاعة تقبل القسمة أو لا تقبلها . أما فى الأراضى الأميرية فإنه لا يجوز للشركاء فى التصرف أن يقتسموه إذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة ، لأن حق الدولة لا يزال متعلقاً بهذه الأرض ولأنها أرادت بمنحهم إياها أن تستغل هذه الأراضى على خير وجه ولا ريب فى أن تقطيع أوصالها إلى أجزاء صغيرة يتنافى مع هذه الغاية ويضر بالثروة العامة . ويترتب على هذا أنه عملا بأحكام النظام (رقم ٦ لسنة ١٩٣٣) يرفض التسجيل أو الفراغ إذا كان هذا يؤدى إلى خفض مساحة القطعة إلى أقل من (٢٠) دونماً فى الأراضى الزراعية وخمسة دونمات فى الأراضى المغروسة ويطبق هذا الحكم على القسمة .

المبحث الثـــانى

أسباب كسب حق التصرف

٧٢ — تمهيد وتقسيم : عالج المشرع العراقى أسباب كسب حق التصرف فى المواد (١١٨٣ — ١٢١٨) وقسم هذه الأسباب ، كما فعل فى الملكية ، إلى ثلاثة أنواع ؛ أولها تلك الأسباب التى تكسب حق التصرف ابتداء ، وثانيها الأسباب التى تكسب حق التصرف بسبب الوفاة ، وثالثها الأسباب التى يكسب بها حق التصرف بين الأحياء .

٧٣ — أولا : كسب التصرف ابتداء . لكسب حق التصرف ابتداء ثلاثة طرق أولها التفويض وثانيها القرار ويلحق به اللزمة ، وثالثها الاستيلاء على الأرض الموات .

٧٤ — (ا) تفويض الأراضى الأميرية : جرت العادة على أن ترتب الدولة للأفراد حق تصرف على أراضيها ببدل أو من غير بدل ، ويسمى هذا العمل (تفويضاً) . وقد أحالت المادة (١١٨٣) إلى القوانين الخاصة التى تنظم طريقة إجراءات تفويض الأراضى الأميرية ، وأهم هذه القوانين والأنظمة قانون التسوية ، وقانون بيع الأراضى الأميرية ، وقانون تفويض الأراضى الأميرية وقانون إعمار واستثمار الأراضى الأميرية الصرفه لسنة ١٩٥١ . وواضح أن التفويض ينصب على الأراضى الأميرية الصرفة وحدها ، وأن قانون إعمار واستثمار الأراضى الأميرية الصرفة رقم (٤٣) لسنه ١٩٥١ نص على أن جميع الأراضى الأميرية القابلة للاستثمار الزراعى يجب إعمارها وفق هذا القانون من قبل اللجنة المؤلفة بمقتضاه والتابعة لوزارة الاقتصاد (أصبحت الآن تابعة لوزارة الإعمار) وأن المرسوم رقم (٤) لسنة ١٩٥٢ نص على أنه « لايجوز بيع أى نوع من أنواع الأراضى الأميرية الصرفة القابلة للاستثمار الزراعى أو تفويضها أو إيجارها أو منحها باللزمة » ، أى أنه يجب التصرف فى هذه الأراضى من قبل اللجنة المشار

إليها وهكذا تعطلت جميع القوانين والأنظمة التى تخول حق التعويض واللزمة والتمليك وقيدت سلطة وزارة المالية الممنوحة لها بقانون تفويض الأراضى الأميرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ .

٧٥ — وكما يجوز تفويض الأراضى الأميرية للأفراد وفقاً لقانون إعمار واستثمار الأراضى الأميرية والمرسوم المشار إليه فإنه يجوز تعويض هذه الأراضى للأشخاص المعنوية وفقاً لقانون تسجيل الأموال غير المنقولة باسم الأشخاص الحكمية (رقم ٣٤ لسنة ١٩٢٩) . والأشخاص المعنوية التى أشار إليها القانون المذكور هى : (١) الدولة العراقية (٢) البلديات . (٣) الجمعيات (٤) الشركات العراقية والأجنبية (٥) الطوائف العراقيه (٦) الدول الأجنبية .

وقد اشترطت المادة الخامسة من هذا القانون بالنسبة للشركات الأجنبية : أن تكون مسجلة فى العراق بالطريقة المقررة لتسجيل الشركات الأجنبية ، وأن يكون مسموحاً لها بالتصرف بالعقار بمقتضى نظامها الداخلى ، وأن يكون العقار واقعاً داخل حدود المدن والقصبات ، وأن يوافق وزير الداخلية على هذا التفويض .

٧٦ — (ب) حق القرار واللزمة : — يفهم من نص المادة (١١٨٤) أن ما يسمى (بحق القرار) عبـــارة عن تملك حق التصرف بمضى المدة . ويشترط لذلك .

(١) أن تكون هناك حيازة حقيقية توافر لها عنصراها المادى والمعنوى

(٢) أن يقوم الحائز بزرع الأرض مدة عشر سنوات متوالية .

(٣) أن تكون حيازته للأرض هادئة من غير منازع .

ولا فرق بعد هذا بين أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها .

فإذا توافرت الشروط السالفة فقد ملك الحائز حق التصرف وكان من حقه أن يتقدم إلى دائرة الطابو لتسجيل هذا الحق وأخذ سند بالتصرف من غير مقابل .

أما بالنسبة للزمة فقد قلنا أن معظم الأراضى الزراعية فى العراق تملكها الدولة وقلنا أن الإمبراطورية العثمانية وإن كانت قد بسطت سيادتها على رقعة كبيرة من الشرق الأوسط إلا أن هذه السيادة كانت فى كثير من الأحيان سيادة إسمية ولهذا فقد استطاع كثير من أصحاب النفوذ ورؤساء العشائر أن يغتصبوا هذه الأراضى المملوكة للدولة والتى تكاد تكون فى حكم السائبة وقد ورث العراق هذا الوضع الشاذ فرأى دفعاً للمشاكل العديدة وتجنباً للاصطدام الذى لا مبرر له مع شيوخ العشائر وأفرادها ورأفة بهم أن لاينتزع منهم هـذه الأراضى التى استغلوها فترة طويلة وأصبحت مورد رزقهم ومعيشتهم ، وعلى هذا الأساس صدر قانون اللزمة (رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢) وبمقتضاه انقلبت يد هؤلاء على الأراضى الأميرية من يد غصب إلى يد قانونية .

وقد قضت المادة (١١) من قانون تسوية الأراضى أنه « على رئيس التسوية أن يمنح باللزمة المصرح بها فى القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢ فى الأراضى الأميرية غير المفوضة بالطابو فى المناطق التى تعين ببيان يصدره وزير العدلية بعد أخذ موافقة وزير المالية ، إلى الشخص العراقى الذى تصرف بها أو من حل محله من العراقيين فى خلال الخمسة عشر سنة السابقة لإعلان التسوية على ألا تقل مدة التصرف عن ثلاث سنوات مستمرة حسب التعامل المحلى ويرجح من كان تصرفه هذا أقرب إلى إعلان التسوية . ويعتبر تصرفاً بالأراضى لغرض هذه المادة : (١) زراعتها حسب التعامل المحلى . (٢) غرسها بالأشجار.

وتقرر الفقرة (هـ) من المادة نفسها أن لمجلس الوزراء أن يمنح اللزمة فى الأراضى الأميرية الصرفة لغرض إسكان العشائر بنظام خاص يعين فيه كيفية المنح وطريقة التوزيع وفق الشروط الآتية :

(١) أن تسجل الأراضى التى تمنح باللزمة لغرض الإسكان بإسم الفرد من العشيرة المراد إسكانها .

(٢) أن توصف اللزمة التى تمنح لهذا الغرض فى سجلات الطابو أنها ممنوحة لغرض الإسكان .

(٣) أن تحدد مساحة الأرض التى تمنح لزمتها .

ولما كانت الغاية من اللزمة فى هذه الحالة الأخيرة هى إيجاد مأوى ومورد رزق لأفراد العشائر لهذا فإن الفقرة (و) من المادة السالفة تقرر أنه « لايجوز أى تصرف فى الأراضى الممنوحة وفق الفقرة (ه) يخرجها عن الغرض الذى منحت من أجله بما فى ذلك البيع والرهن والإيجار خلال خمس سنوات من تاريخ منح اللزمة ، كما لا يجوز الحجز عليها لإيفاء دين خلال المدة المذكورة عدا ديون الخزينة » .

٧٧ — (ح) الإستيلاء على الأرض الموات : تعرف الأرض الموات بأنها الأرض التى لا يملكها ولا ينتفع بها أحد لعدم وصول الماء إليها أو لغلبته عليها أو لسوء تربتها أو لغير ذلك من الأسباب .

ويرى كثير من فقهاء الشريعة أن الأرض الموات مملوكة للدولة ويرى بعضهم أنها مال مباح .

وقد ترتب على هذا اختلافهم فى طريقة اكتساب ملكية هذه الأرض فمن رأى أنها مال مباح قال إنها تملك بطريق الاستيلاء سواء أكان ذلك بإذن الحكومة أم من غير إذنها ، واستدل هذا الفريق على رأيه بقول الرسول (ص) « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » ومن رأى أنها أرض مملوكة للدولة لم يجز تملكها إلا بإذن الحكومة وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفه النعمان مستدلا على رأيه بقول الرسول « ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه » .

وقد أخذ المشرع العراقى برأى الإمام الأعظم ولكنه لم يكتف باشتراط الإذن وإنما جعل لمن أحيا هذه الأرض الموات حق التصرف لاحق الملكية فرقبة الأرض لا تزال ملكاً للدولة . واشترط ألا يترك من أحيا هذه الأرض زراعتها أو حرثها ثلاث سنوات متوالية وإلا انتزعت منه وفوضت إلى غيره ، ولم يحدد المدة التى يكون ترك الحرث أو الزرع خلالها سبباً لنزع الأرض من يد من أحياها ، كما فعل المشرع المصرى (م ٨٧٤) فإذا

فرضنا أن شخصاً حصل على إذن الحكومة بإحياء أرض موات فشق فيها الجداول والترع واستخرج منها الماء ثم استغلها مدة عشرين عاماً وتركها بعد هذا ثلاث سنوات متوالية من غير عذر هل تنزع الأرض منه ؟ ظاهر النص يوحى بذلك والعدالة تأباه .

٧٨ ـ ثانيا : ـ كسب التصرف بسبب الوفاة (الانتقال):ـ لم يكن حق التصرف عند صدور قانون الأراضى لينتقل إلى ورثة المتصرف إلا فى حدود ضيقة جداً وعلى سبيل الاستثناء ، ثم وجدت الدولة العثمانية أن هذا الأمر يتعارض مع حسن استغلال هذه الأراضى ولهذا فإنها عمدت إلى إصدار أوامر وإرادات سنية وقوانين لتلافى هذا النقص كان أهمها قانون الانتقال الذى ظل نافذاً إلى حين تنفيذ القانون المدنى العراقى .

قسم المشرع العراقى أصحاب حق الانتقال إلى درجات أو طبقات ثلاث تحجب كل طبقة منها الطبقة التى تليها كقاعدة عامة .

والدرجات الثلاث هى :ـ

(١) فروع المتصرف من أولاد وأحفاد للذكر مثل حظ الأنثى .

(٢) أبوا الميت وفروعهما .

(٣) جدود الميت وجداته وفروعهم .

ويلاحظ على هذا التنظيم أمران :

أولها أن أبوى الميت اللذين يكونان على قيد الحياة عند موته يشتركان مع أصحاب الدرجة الأولى بمقدار السدس لها بالتساوى أو لمن يكون حياً منهما .

وثانيهما أن الأزواج إذا اجتمعوا مع أصحاب الدرجة الأولى كان لهم الربع ولهم النصف مع أصحاب الدرجة الثانية أو الثالثة على تفصيل سنذكره فيما بعد . فإذا لم يوجد للمتصرف أصحاب حق انتقال من الدرجات الثلاث استقلت الزوجة أو الزوج بحق التصرف كله . ويلاحظ من جهة أخرى أن المشرع قضى بتأخير الانتقال إلى حين ولادة الحمل وقضى بأن الأرض لا تنتقل

إلى القاتل أو شريكه وأن اختلاف الجنسية والدين مانع من الانتقال .

٧٩ — الانتقال لأصحاب الدرجة الأولى : — تقرر المادة (١١٨٨) أن «١ — الدرجة الأولى من أصحاب حق الانتقال هم فروع الميت من أولاد وأحفاد للذكر مثل الأنثى» . ٢ — وفى هذه الدرجة يكون حق الانتقال أولا للأولاد ثم للذين يخلفونهم من الأحفاد ثم لمن يخلف هؤلاء من أولادهم وهكذا ، فيكون كل فرع عند موت المتصرف حاجباً لفرعه . أما إذا مات الفرع قبل موت المتصرف فإن فروع هذا الفرع يقومون مقامه درجة بعد درجة وينتقل إليهم نصيبه . وإذا كان للميت عدة أولاد ماتوا جميعاً قبله فإن نصيب كل من هؤلاء ينتقل إلى فروعه درجة بعد درجة . وإذا كان أحد أولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع فإن حق الانتقال ينحصر فى باقى الأولاد أو فروعهم» .

ويترتب على هذا النص أنه :

إذا مات متصرف عن ابن وبنت فإن حق التصرف يقسم بينهما مناصفة .

وإذا مات عن ابن وثلاث بنات ، قسم الحق بينهم أرباعاً لكل منهم الربع .

وإذا مات عن : حفيد وأربع حفيدات (من ولد واحد) قسم الحق عليهم أخماساً بالتساوى .

وإذامات عن : ابن وبنت . وللابن ثلاثة أولاد . فإن الأرض تقسم بين أولاد المتصرف مناصفة ولا يستحق أحفاده شيئاً لأنهم محجوبون بأبيهم .

وإذا كان للمتصرف أربعة أولاد ، مات أحدهم حال حياة أبيه عن ابن وبنت ، ثم مات المتصرف بعد ذلك فإن حق المتصرف يقسم أولا كما لو كان جميع أولاده ، بما فيهم المتوفى ، أحياء فينال كل منهم الربع ، ولما كان أحد هؤلاء الأولاد قد توفى عن ابن وبنت فإنهما يحلان محله فى نصيبه ، وهكذا يقسم الربع عليهما مناصفة لكل منهما الثمن .

وإذا كان لمتصرف ثلاثة أولاد ، ماتوا جميعاً حال حياته ، وترك أولهم

ولدين وثانيهم ثلاثة وثالثهم ولداً واحداً ثم مات المتصرف عن هؤلاء الأحفاد فإن نصيب كل من ولدى الولد الأول يكون السدس ، ونصيب كل من أولاد الولد الثانى يكون التسع ونصيب ولد الولد الثالث يكون الثلث .

وإذا كان لمتصرف ثلاثة أولاد ، مات أحدهم حال حياته من غير أن يترك فرعاً ، ثم مات المتصرف فإن حق المتصرف يقسم بين ولديه الباقيين مناصفة . وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .

٨٠ — الانتقال لأصحاب الدرجة الثانية : أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية هم : الأبوان ، وأخوة المتوفى وأولاد أخوته ، سواء كانوا أخوة أشقاء أو أخوة لأب أو أخوة لأم . للذكر مثل حظ الأنثى . وتقضى الفقرة الثانية من المادة (١١٨٩) أنه « فإن كان الأبوان كلاهما حى انحصر فيهما حق الانتقال لكل منهما مثل نصيب الآخر ، وإذا كان أحدهما قد مات قبل موت ابنه فإن فروعه يقومون مقامه درجة بعد درجة . وإذا لم يكن له فروع انحصر حق الانتقال فى الحى من الأبوين وإذا كان الأبوان قد ماتا جميعاً قبل موت ابنهما فإن نصيب كل منهما ينتقل إلى فروعه درجة بعد درجة . فإن لم يكن لأحدهما فرع انتقلت حصته إلى الفرع الآخر » .

ويترتب على هذا أنه :

إذا مات متصرف عن أب وأم كان الانتقال لهما بالتساوى لكل منهما النصف .

وإذا كان المتصرف أب ، وأم توفيت حال حياة ابنها المتصرف عن إبن وبنت (والمفروض بداهة أنهما من زوج آخر غير أب المتصرف) . فى هذا المثل يقسم الحق بين الأبوين مناصفة ثم يعطى نصيب الأم لفروعها لكل من الإبن والبنت الربع .

وإذا توفيت الأم حال حياة المتصرف من غير أن يكون لها فرع كان الانتقال كله للأب عند عدم وجود صاحب حق انتقال من الدرجة الأولى وعدم وجود أحد من الزوجين كما سيأتى .

وإذا مات أحد الأبوين عن فرع ومات الآخر عن غير فرع انحصر الانتقال فى هؤلاء الفروع . مثال هذا :

لمتصرف أبوان ماتت الأم حال حياته من غير فرع ومات الأب عن بنتين وإبن : يقسم حق التصرف ثلاثاً لكل من أولاد الأب الثلث .

وإذا كان لمتصرف أم وأب مات الأب حال المتصرف عن ابن وبنت ، وماتت البنت عن ابنين وبنتين ، يقسم الحق أولا مناصفة بين الأم والأب ، ثم يقسم نصيب الأب نصفين بين كل من ابنه وبنته ثم يقتسم نصيب البنت أرباعاً بين أولادها بالتساوى .

وعلى هذا يكون أصل المسألة من (١٦) سهماً على النحو الثانى :

للأم ثمانية سهام .

وللأب ثمانية سهام .

ثم يحل فروع الأب المتوفى محله .

فلكل من الإبن والبنت (أخوة المتصرف) أربعة أسهم .

ولما كانت البنت قد ماتت حال حياة المتصرف عن ابنين وبنتين فإنه يكون لكل من أولادها سهم واحد .

وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .

٨١ — الانتقال للدرجة الثالثة تقرر المادة (١١٩٠) أن « ١ — الدرجة الثالثة من أصحاب حق الانتقال هم جدود الميت وجداته وفروعهم . (٢) فإن كان الجدان والجدتان من جهتى الأب والأم جميعهم أحياء تساوت أنصبتهم فى حق الانتقال وإن كان أحد من هؤلاء قدمات فإن فروعه تقوم مقامه درجة بعد درجة . وإن لم يكن له فروع فإن نصيبه ينتقل إلى زوجه الحى فإن لم يكن زوجه حياً انتقل نصيبه إلى فرع زوجه درجة بعد درجة . فإن لم يكن لزوجه فرع انحصر حق الانتقال فى الجد والجدة من الجهة الأخرى » .

ويفهم من هذا النص أن أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثالثة هم أجداد المتصرف لأبيه أو لأمه ، وأعمامه وعماته ، وأخواله وخالاته ، وأولاد أعمامه وأولاد عماته ، وأولاد أخواله وأولاد خالاته وإن نزلوا .

ويترتب على هذا أنه إذا :

مات المتصرف عن : جد لأب جدة لأب جد لأم جدة لأم .

يقسم الحق بينهم بالتساوى لكل منهم الربع .

فإذا مات أحد من هؤلاء حال حياة المتصرف عن فرع حل فرعه محله فى الحق ، ويترتب على هذا أنه إذا فرضنا فى المثال المتقدم أن الجدة لأم كانت قد ماتت حال حياة المتصرف عن بنتين وابن ، فإن الربع الذى كانت تستحقه لو كانت حية يقسم على هؤلاء بالتساوى لكل منهم $\frac{1}{12}$.

وإذا توفى أحد الأجداد من غير فرع انتقل حقه إلى زوجه مثال ذلك :

إذا كان لمتصرف جد لأم جدة لأم جد لأب جدة لأب .

ماتت الجدة لأب من غير فرع فإن الحق يقسم عليهم بالتساوى كما لو كانت الجدة لأب حية ثم يعطى نصيبها لزوجها (الجد لأب) وهكذا يكون نصيبه النصف ولكل من الجد لأم والجدة لأم الربع فإذا مات أحد الأجداد وليس له فرع ولم يكن زوجه حياً انتقل نصيبه إلى فرع زوجه مثال ذلك :

لمتصرف جد لأم جدة لأم جد لأب جدة لأب .

مات الجد لأب من غير فرع وماتت الجدة لأب عن بنتين وابن .

فإن حق التصرف يقسم أرباعاً كما لو كان الأجداد جميعاً أحياء ، ثم يعطى نصيب الجدة المتوفاة إلى فروعها ويعطى نصيب الجد المتوفى لزوجته ، ولما كانت الزوجة متوفاة فإن نصيب زوجها يعطى إلى فروعها وهكذا : ينتقل إلى أولاد الجدة لأب النصف لكل منهم السدس .

فيكون أصل المسألة ، كما يقول علماء الفرائض ، (١٢) سهماً لكل من الجدة والجد لأم ثلاثة سهام ولكل من أولاد الجدة لأم سهمان .

٨٢ — وتقضى المادة (١١٩١) أنه «إذا استحق الفرع فى أى الدرجات الثلاث أنصبة متعددة من جهات مختلفة فإنه يأخذها جميعاً» .

ويترتب على هذا أنه : إذا كان للمتوفى أب وأم ، ولأبيه المتوفى حال حياته بنت من زوجة أخرى غير أم المتصرف وابن هو شقيقه ، وماتت الأم عن هذا الولد الذى هو شقيق المتوفى . فإن الحق ينتقل إليهما بنسبة الربع

للبنت والثلاثة أرباع للإبن الذى يرث من جهتين .

وإذا مات المتصرف عن أخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأم .

قسم الحق أرباعاً يأخذ كل من الأخ لأم والأخ لأب الربع ، ويأخذ الأخ الشقيق النصف لأنه يدلى إلى المتصرف من جهتين وعلى هذا تقاس سائر الأمثلة .

٨٣ — الانتقال للأبوين والزوجين مع الدرجات المتقدمة : قلنا إن القاعدة العامة فى الانتقال أن أصحاب هذا الحق مرتبون على درجات تحجب كل درجة الدرجة التى تليها . إلا أن المشرع استثنى من هذه القاعدة الأبوين والزوجين .

أما بالنسبة للأبوين فهما كما تقدم القول من أصحاب الدرجة الثانية ، ومع ذلك فأنهما لا يحجبان بأصحاب الدرجة الأولى وإنما يكون لهما السدس بالتساوى ويستقل بالسدس من يوجد منهما على قيد الحياة عند وفاة الأصل الآخر .

ويترتب على هذا أنه :

إذا مات المتصرف عن إبن وبنت وأب وأم .

فأنه يكون للأب والأم السدس بالتساوى لكل منهما $\frac{1}{12}$. والباقى وقدره (١٠) أسهم يقسم بين الإبن والبنت بالتساوى لكل منهما خمسة أسهم .

وإذا كان لمتصرف : إبن وبنت وأب ، وأم توفيت حال حياة المتصرف فإن الأب يختص وحده بالسدس . والباقى يقسم بالتساوى بين ابن المتصرف وبنته . فيكون أصل المسألة (١٢) سهماً .

وإذا كان لمتصرف : ابن وبنت وأم وأب ، توفى الأب حال حياة المتصرف عن إبن وبنت . فإن الأم تختص بالسدس ، ولا شىء لأولاد الأب المتوفى لأنهم محجوبون بأولاد المتصرف ، والباقى يقسم بين ابن المتصرف وبنته على ماسبق بيانه .

وأما بالنسبة للزوجين فإنه يفهم من نص المادة (١١٩٣) أن الانتقال إليهما له أربع حالات :

الأولى : اجتماع أحدهما مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الأولى وفى هذه الحالة يأخذ الربع مثال ذلك : مات متصرف عن إبن وبنتين وزوجة .

تأخذ الزوجة الربع والباقى يقسم بالتساوى بين أولاد المتصرف لكل منهم الربع كذلك .

وإذا مات متصرف عن ابنى بنت ، وبنتى ابن وزوجة ، فإن للزوجة الربع والباقى يقسم بين أحفاد المتصرف بالتساوى (أصل المسألة ١٦) للزوجة أربعة أسهم ولكل من الأحفاد ثلاثة .

الثانية : اجتماع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الانتقال من الدرجة الثانية أو مع الأجداد والجدات من أصحاب الدرجة الثالثة .

فى هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف . مثال ذلك :

مات متصرف عن أم وأب وزوجة . للزوجة النصف والباقى للأم والأب لكل منهما الربع .

مات متصرف عن أخوين شقيقين وأختين شقيقتين وزوجة . للزوجة النصف ولكل من الأخوة والأخوات الثمن . وهكذا .

الثالثة : اجتماع الزوج أو الزوجة مع الأجداد إذا كان بعضهم حياً وبعضهم ميتاً وقد ترك بعض الفروع . فى هذه الحالة يأخذ الزوج أو الزوجة النصف أولا ، ثم يحجب فرع الجد أو الجدة فيأخذ نصيبه كذلك . مثال ذلك :

لمتصرف جد لأب . جدة لأب ، جد لأم (متوفى عن أربعة أولاد) جدة لأم (متوفاة عن ولدين) زوجة فى هذا المثال تأخذ الزوجة النصف أولا، ويأخذ كل من الجد لأب والجدة لأب الثمن . ثم تأخذ الزوجة نصيب الجد لأم والجدة لأم المتوفين . فيكون مجموع نصيبها ثلاثة أرباع حق التصرف ولا يأخذ أولاد الجد لأم والجدة لأم شيئاً لأنهم محجوبون بالزوجة .

الرابعة : اجتماع أحد الزوجين مع فروع الجد أو الجدة ، وفى هذه الحالة يستأثر الزوج أو الزوجة بالحق كله ويحجب الأعمام والعمات والأخوال والخالات وفروعهم .

٨٤ — وتقرر المادة (١١٩٦) أنه « إذا كان أحد أصحاب حق الانتقال غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم أحى هو أم ميت ، أعطيت حصته لمن

يستحقها بعده . غير أنه إذا حضر خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة أنه حى استرد حصته ممن أخذها » .

وتقرر المادة (١١٩٧) أنه إذا غاب المتصرف فى أرض أميرية غيبة منقطعة لمدة ثلاث سنوات ولا يعلم أحى هو أم ميت فإنه يعتبر فى حكم الميت وينتقل التصرف إلى أصحاب حق الانتقال على النحو الذى سبق شرحه ، فإن لم يكن للمتصرف أحد من أصحاب حق الانتقال أعطيت الأرض إلى أصحاب حق الطابو ، الذين سيجىء الكلام عنهم عند الكلام عن أسباب انقضاء حق التصرف ، فإن لم يوجد أحد من أصحاب حق الطابو أو لم يرد أحد منهم أخذ الأرض فإنها تباع بالمزاد العلنى وتفوض إلى من ترسو عليه . ثم تقرر الفقرة الثانية من المادة المتقدمة حكما خاصاً بالنسبة للمتصرف الذى يغيب عن بلاده غيبة منقطعة إذا كان غيابه أداء لواجب الخدمة العسكرية ، فنى هذه الحالة تعطى الأرض لأصحاب حق الانتقال فإن لم يوجد أحد منهم فإنها تسلم لأحد أقاربه أو أمنائه على سبيل الوديعة لاستغلالها باسم المتصرف ولحسابه وسداد رسومها وضرائبها فإذا عاد المتصرف سلمت إليه وإذا تحقق موته طبقت قواعد الانتقال .

٨٥ — موانع الانتقال : موانع الانتقال هى القتل واختلاف الدين واختلاف الجنسية .

٨٦ — (١) القتل : تقرر المادة (١١٩٨) أنه « لا تنتقل أرض المقتول إلى القاتل وشريكه » ، ونحن نذهب إلى أن الضابط فى القتل الذى يكون سبباً لمنع الانتقال هو القتل الذى يعد فى نظر قانون العقوبات جريمة معاقباً عليها .

ويترتب على هذا أن القتل فى حالة الدفاع الشرعى أو القتل قياماً بواجب أو القتل إذا كان القاتل مجنوناً أو طفلا غير مميز لا يحرم القاتل من حق الانتقال . وعلى عكس ما تقدم فإن قتل المحارم فى حالة التلبس بالزنا (٢١٦ عقوبات) والقتل الخطأ (م ٢١٩) والقتل تسبباً يحرم القاتل من حق الانتقال وكذلك الضرب المفضى إلى الموت .

٨٧ — (ب) اختلاف الدين : يقضى الشطر الأول من المادة (١١٩٩) أنه « لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين فى الدين » . والعبرة باختلاف (الدين) لا المذهب ويحدد اتحاد الدين أو اختلافه وقت وفاة المتصرف .

٨٨ — (ح) اختلاف الجنسية : يقرر الشطر الأخير من المادة (١١٩٩) أن حق الانتقال لا يثبت بين عراقى وأجنبى . والرأى عندى أنه لا محل ، وفقاً لفقه القانون المدنى العراقى ، إلى تطبيق حكم المادة (١١٠) من قانون الأراضى الملغى التى كانت تجيز الانتقال من المتصرف الأجنبى . ولا مجال للقول بأن التصرف فى الأراضى الأميرية يكون أصلا للعراقى لأننا نقول أن هذا المتصرف العراقى قد يغير جنسيته بعد ذلك وقد تتلقى العراقية حق تصرف ثم تتزوج بأجنبى تكتسب جنسيته فتفقد جنسيتها العراقية فى هذه الحالات يصبح المتصرف أجنبياً . ولايمكن أن يقال بأى حال من الأحوال أن هذه الأرض الأميرية تصبح منحلة لأننا لا نجد فى نصوص القانون المدنى ما يشير إلى أن حق التصرف ينتهى فى مثل هذه الحالة كما كانت تقرر ذلك المادة (١١١) من قانون الأراضى .

٨٩ — ثالثاً : كسب التصرف ما بين الأحياء : قلنا عند الكلام عن الملكية أنها تكتسب بين الأحياء بالالتصاق وبالعقد وبالشفعة وبالحيازة . وهذه هى أسباب كسب حق التصرف بين الأحياء مع ملاحظة أن العقد الذى ينقل به المتصرف حقه للغير يسمى (الافراغ) وأن حق الشفعة فى الأراضى الأميرية يسمى حق (الرجحان) .

٩٠ — (١) الالتصاق : تقرر المادة (١٢٠٠) أنه « إذا غرس أحد أشجاراً أو أقام أبنية فى أرض أميرية ليس له فيها حق التصرف وكان ذلك بحسن نية وبزعم سبب شرعى ثم استحقت الأرض فإن كانت قيمة المنشآت قائمة أكبر من قيمة الأرض فرضت الأرض لصاحب المنشآت ببدل المثل وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت قائمة تملك صاحب الأرض المنشآت بعد دفع قيمتها » . وهذا الحكم لا يختلف عما تقرره

المادة (١١٢٠) بشأن اكتساب حق الملكية بالالتصاق بفعل الإنسان .

وتحيل المادة (١٢٠١) إلى الأحكام الخاصة بالالتصاق بفعل الطبيعة التى قررها المشرع فى الملكية ، وتقضى بتطبيق تلك الأحكام على الأراضى الأميرية .

٩١ – (ب) الإفراغ : يراد بالإفراغ « التصرف فى حق التصرف » . فحق التصرف لا يتصل بشخص صاحبه ولهذا كان له أن يبيعه أو أن يقايض عليه أو أن يهبه أو أن يقدمه حصة فى شركة أو بدلا فى عقد صلح (م١٢٠٢) ولما كان حق التصرف حقاً عينياً عقارياً لهذا فإن إفراغه (أو التصرف فيه) لا ينعقد إلا إذا سجل فى دائرة الطابو (١٢٠٣) وتقرر المادة (١٢٠٤) عدم جواز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على الأراضى الأميرية بعد تسجيلها فى دائرة الطابو . ومن المعلوم أن جواز الطعن بالصورية فى العقود المسجلة كان مثاراً لخلاف كبير فى الفقه وفى القضاء وقد ترددت أحكام محكمة النقض والإبرام المصرية طويلا فى الأخذ برأى معين ويظهر أن قضاءها الأخير استقر على قبول هذه الدعوى فى العقود المسجلة[1] ، ولكن القانون العراقى لم يجار هذا القضاء وقضى بعدم جواز الطعن بالصورية فى الإفراغ .

وتقرر الفقرة الأولى من المادة (١٢٠٥) أنه إذا أفرغ متصرف أرضه من دون ذكر بدل فإنه لا يجوز له بعد هذا أن يطالب ببدل ولا يجوز ذلك لورثته من بعده . وأحب أن ألفت النظر فى هذا الصدد إلى تعارض هذا الحكم مع ماتقرره المادة (٣٩/ح) من نظام الطابو التى تشترط فى الإفراغ بيان البدل حتى ولو كان من غير مقابل ؟! ولعل العلة فى هذا النص الأخير التسهيل على موظفى الطابو فى احتساب رسوم التسجيل ، وعندى أن نص القانون المدنى الغى هذا المادة من نظام الطابو .

ثم تعرض المواد (١٢٠٦ – ١٢١٣) لحالات من الإفراغ هى عبارة

(١) أنظر مثلا نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ .

عن تطبيق لأحكام القواعد العامة فى الالتزامات وعقد البيع ولا نرى حاجة لبيانها .

ثم تقرر المادة (١٢١٤) جواز الإفراغ مقابل بدل هو مرتب مدى الحياة . وواضح أن العقد فى هذه الحالة عقد احتمالى قائم على عنصر الضرر والمقامرة فلا يجوز الطعن فيه بالغبن . ونحب أن نلفت النظر فى هـذا الصدد إلى الأمور التالية :

أولا : ـــ أن عقد ترتيب إيراد مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً (م ٩٧٩) .

ثانياً : ـــ أن المشرع العراقى قرر صراحة أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه فإنه يجوز للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض إن كان له محل وهو بهـذا النص قطع كل شك أو خلاف حول إمكان فسخ هذا العقد .

ثالثاً : قرر المشرع أنه لايجوز للمفرغ له ولا لأصحاب حق الانتقال من بعده أن يفرغوا الأرض أو يرهنوها رهناً تأمينياً أو حيازياً مادام المفرغ على قيد الحياة .

رابعاً : ـــ وقرر أنه إذا مات المفرغ له دون أن يكون لهصاحب حق انتقال فإن الأرض لاتنحل وإنما يستردها المفرغ ويعاد تسجيلها باسمه .

٩٢ ـــ (حـ) حق الرجحان : ـــ قلنا إن حق الرجحان فى الأراضى الأميرية يقابل حق الشفعة فى العقارات المملوكة مع بعض الفروق التى نلخصها فيما يلى :

(١) أن حق الشفعة ينصب على العقارات المملوكة أما الرجحان فلا يكون إلا فى الأراضى الأميرية سواء كانت مفوضة بالطابو أم ممنوحة باللزمة .

(٢) لايجوز الأخذ بالشفعة فى حالة ما إذا كان التصرف قد تم بمقتضى عقد من عقود التبرع وذلك على خـلاف حق الرجحان فأنه ينهض سواء

أكان العقد معاوضه أم تبرعاً .

(٣) يلتزم الشفيع بدفع الثمن المسمى والمصاريف أما صاحب حق الرجحان فأنه يلتزم بدفع بدل المثل بصرف النظر عن البدل المسمى .

(٤) اصحاب حق الرجحان ليسوا كلهم من أصحاب حق الشفعة فيما لو كانت الأرض مملوكة ، فأنه إذا كان لكل من الشريك والخليط أن يأخذ بالشفعة فى الأراضى المملوكة وبالرجحان فى الأراضى الأميرية إلا أن الجار مثلا له أن يأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها ولا يعتبر الجار من أصحاب حق الرجحان . ومالك الأشجار والأبنية المقامة على الأرض الأميرية صاحب حق رجحان ، وكذلك من كانت له حاجة بالأرض من أهل القرية وليس هؤلاء بشفعاء فى الأراضى أو العقارات المملوكة .

وفيما عدا الفروق المتقدمة تطبق أحكام الشفعه على حق الرجحان (انظر المادتين ١٢١٦ — ١٢١٧) .

٩٣ — (ى) التقادم :— تقرر المادة (١٢١٨) أنه « ١ — إذا حاز أحد أرضا أميريه غير مسجلة فى دائرة الطابو بإعتباره متصرفاً فيها فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى حق التصرف من شخص آخر إذا إنقضت عشر سنوات متواليات على حيازة المدعى عليه ولم يكن لدى المدعى عذر شرعى يمنعه من رفع الدعوى .

٢ — وتطبق أحكام التقادم المنصوص عليها فى حق الملكية مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة السابقة .

تعرض المادة المتقدمة لكسب حق التصرف بالتقادم ، ولا غنى فى هذا المجال من أن نشير إلى المادة (١١٨٤) التى تعطى حق القرار لمن حاز أرضاً أميرية بإعتباره متصرفاً فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ومن الجمع بين هاتين المادتين يتبين أن حق القرار الذى تشير إليه المادة (١١٨٤) إنما ينصب على الأراضى الأميرية الصرفة التى لم يثقلها حق تصرف للغير ، وأن المادة (١٢١٨) تشير إلى إكتساب حق التصرف فى الأراضى الأميرية

التى يكون لشخص عليها حق تصرف . فإذا كان المدعى عليه فى المادتين هو واضع اليد أو الحائز إلا أن المدعى فى الحالة الأولى هو الدولة وفى الثانية هو المتصرف فى الأرض .

وظاهر من النص أن يشترط لتطبيقه :

(١) أن تكون الأرض أميرية غير مسجلة فى دائرة الطابو . ويحق لنا أن نتساءل هنا عن إمكان التوفيق بين هذا الشرط وبين دعوى التصرف التى يقيمها المدعى فإذا لم يكن حق التصرف ثابتاً لشخص فى سجلات الطابو فهل يجوز له أن يدعى به وأن يقيم الدليل عليه ؟ وللأجابة على هذا السؤال نقول : أن من أنواع التسجيل المعروفة فى العراق تسجيل مالم يكن مسجلا من العقارات ويسرى هذا النوع من التسجيل المجدد على العقارات المملوكة والأراضى الأميرية ، ومعنى هذا أنه إذا وضع شخص يده على أرض أميرية غير مسجلة فى دائرة الطابو ثم طلب التسجيل من لم يكن واضع يد واعترض واضع اليد على هذا الطلب وأحالت دائرة الطابو المتنازعين على المحكمة المختصة فأنه لا تسمع دعوى المدعى بأن له حق تصرف على هذه الأرض متى أثبت الحائز أنه حازها بإعتبارها متصرفاً فيها عشر سنوات متوالية من غير منازع .

(٢) أن تتوفر لدى واضع اليد شروط الحيازة وركناها المادى والمعنوى

(٣) أن تستمر الحيازة عشر سنوات متوالية وأن لا تكون المدة السالفة قد تعرضت للوقف أو للقطع على النحو المعروف فى التقادم ، ولهذا قرر المشرع وجوب إستمرار المدة السالفة مع إنكار المدعى عليه ومن غير وجود مانع أو عذر شرعى يمنع المدعى من رفع دعواه .

المبحث الثالث

أسباب انقضاء حق التصرف

ينقضى حق التصرف : أولا بالتقادم ، ثانياً بانحلال الأراضى الأميرية ثالثاً بترك الاستغلال .

أولا : التقادم

٩٤ — تقرر المادة (١٢١٩) أنه « ١ — إذا حاز أحد أرضاً باعتباره مالكاً لها فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الرقبة من الحكومة على أساس أن الأرض أميرية إذا انقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه .

٢ — وتطبق أحكام نصوص التقادم المنصوص عليها فى حق الملكية مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة السابقة .

وعندى أن المادة السالفة تعالج اكتساب (حق الملكية) لا حق التصرف بمضى المدة . فهى بعبارتها السالفة تقرر أنه إذا حاز أحد أرضاً أميريه بنية تملكها ثم أرادت الحكومة أن ترفع عليه دعوى بملكية هذه الأرض للدولة فإن دعواها لا تسمع متى كانت الحيازة قد استمرت ستاً وثلاثين سنة .

وأحب أن ألفت النظر إلى أن نص المادة جاء عاماً مطلقاً ولهذا فإن الأراضى الأميرية تتملك بالتقادم بمرور ست وثلاثين سنة على حيازتها سواء أكانت هذه الأرض مسجلة فى دائرة الطابو على إنها ملك للدولة أم لم تكن مسجلة كذلك . وعلى هذا فإننا نذهب إلى أن المادة المتقدمة استثناء من القاعدة التى أقرها المشرع العراقى فى التقادم والتى لا تجيز التمسك به فى العقارات المسجلة .

ثانيا : انحلال الأراضى الأميرية

٩٥ — يقصد بالأراضى المنحلة الأراضى الأميرية التى ينتقل حق التصرف عليها إلى الدولة لوفاة المتصرف من غير أن يترك أحداً من أصحاب حق الإنتقال .

وفى هذه الحالة يحق لأصحاب (حق الطابو) أن يأخذوها ببدل المثل الذى يقدره الخبراء وقت الطلب لا وقت وفاة المتصرف .

ويراد بالطابو الأجرة المعجلة التى هى بدل التصرف أو مقابله ، وحق الطابو هو حق تفوض الأراضى الأميرية المنحلة ببدل المثل .

٩٦ ــ وأصحاب حق الطابو كأصحاب حق الرجحان ، مرتبون درجة بعد درجة وهم :

أولا : ورثة المتصرف الذين يرثون الأشجار والأبنية القائمة على الأرض الأميرية والتى لم تتبع الأرض بل بقيت مملوكة للمتصرف .

ثانياً : شريك المتصرف فى الشيوع فى الأرض الأميرية .

ثالثاً : الخليط فى حق إرتفاق للأرض الأميرية .

رابعاً : الأجنبى غير الوارث الذى يملك أشجاراً أو أبنية قائمة على الأرض الأميرية .

خامساً : من له حاجة بالأرض الأميرية من أهل القرية التى توجد فيها الأرض وإذا تعدد أصحاب الحاجة من أهل القرية ورغبوا جميعاً فى أخذها قسمت بينهم بالتساوى فإذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة أو كان فى قسمتها ضرر اقترع بين الطالبين وأعطيت من أصابته القرعة .

وواضح أن الدرجة الأولى من أصحاب حق الطابو هم ورثة المتصرف الذين يرثون الأبنية والأشجار القائمة على الأرض والتى لم تتبع الأرض بل بقيت مملوكة للمتصرف على ألا يكون هؤلاء الورثة من أصحاب حق الإنتقال إذ من المتصور وجود ورثة للمتصرف يرثون الأبنية والأشجار دون أن يكونوا من أصحاب حق الإنتقال . فإذا فرضنا أن متصرفاً فى أرض أميرية أقام عليها أبنية أو غرسها أشجاراً قبل نفاذ قانون التصرف (١٩ إبريل ١٩١٣) ثم مات هذا المتصرف عن ابن عم وابن بنت ، فى هذا المثل يعتبر ابن العم وارثاً فهو يرث الأشجار والأبنية ، وابن البنت وإن لم يكن وارثاً إلا أنه صاحب حق إنتقال فينتقل إليه حق التصرف ، فإذا فرضنا بعد هذا أن مات ابن البنت وليس له أحد من أصحاب حق الإنتقال فإن الأرض الأميرية تنحل ويكون ابن العم صاحب حق الطابو من الدرجة الأولى فيأخذ الأرض ببدل المثل .

وصاحب حق الطابو من الدرجة الثانية هو شريك المتصرف فى الشيوع

والدرجة الثالثة هو الخليط فى حق إرتفاق للأرض الأميرية على النحو الذى سبق بيانه . والدرجة الرابعة هو الأجنى غير الوارث الذى يملك الأشجار أو الأبنية فإذا فرضنا أن المتصرف باع الأشجار والأبنية المحدثة على الأرض قبل (١٩ إبريل ١٩١٣) واحتفظ بالأرض ثم مات وليس له أحد من أصحاب حق الإنتقال ولم يكن هناك أحد من أصحاب حق الطابو من الدرجات الثلاث المتقدمة فإن الأرض تفوض لمشترى الأشجار والأبنية

ولابد لتفوض الأرض بمقتضى حق الطابو من طلب ذلك خلال سنة من وفاة المتصرف ، وتقرر المادة (١٢٢١) أن المدة السالفة لا توقف بأى عذر كالصغر والجنون والسفه . ومعنى هذا أن المشرع العراقى جعل هذه المدة مدة إسقاط (Delai de decheánce) لامدة تقادم prescription

ثم قرر المشرع العراقى ان حق الطابو لايكون للقاتل ولا لشريكه (١٢٢٦) وإنه لايثبت بين المختلفين فى الدين ولا بين عراقى وأجنبى (١٢٢٧) وقرر فى الفقرة الثانية من المادة (١٢٢٣) أن حق الطابو لايورث على خلاف ما قرره فى حق الشفعة وحق الرجحان .

وقرر (١٢٣٠) أنه إذا فوضت الأرض الأميرية المنحلة لأحد من أصحاب حق الطابو ببدل المثل أو فوضت لمن رست عليه المزايدة عند عدم وجود أحد من أصحاب حق الطابو أو عند تنازل هؤلاء جميعاً عن حقهم فإنه لايجوز الرجوع فى هذا التفوض حتى لو ظهر من يعرض اكثر من بدل المثل . إلا أنه إذا فوضت الأرض لأحد من أصحاب حق الطابو أو لمن رست عليه المزايدة بثمن فيه غش فاحش جاز خلال سنة من تاريخ التفويض أن يكلف من فوضت له الأرض بأكمال الثمن إلى بدل المثل فإن امتنع فسخ التفويض وإنتزعت منه الأرض بعد أن يرد إليه الثمن الذى دفعه .

وعندى أن الحكم الذى جاءت به المادة لا محل له وفيه محاباة صارخة للحكومة ، فالتفويض لأصحاب حق الطابو يكون ببدل المثل كما قلنا ، وتقوم بتقدير هذا البدل لجنة تختارها الحكومة من بعض الموظفين وأصحاب الخبرة

من غير الموظفين فإذا ماقدرت هذه اللجنة بدل المثل ثم تبين أن تقديرها كان يشوبه غبن فاحش الحق ضرراً بخزينة الدولة فقد كان الأحرى بالمشرع أن يعمد إلى تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة فيعطى للدولة حق الرجوع بالتعويض على أعضاء اللجنة لا على من فوضت إليه الأرض من أصحاب حق الطابو . والحكم كذلك بالنسبة لتفويض الأرض لمن رست عليه المزايدة . فهذا شخص يرغب فى أخذ هذه الأرض بطريق التفويض وقد دخل مزايداً مع غيره ودفع فيها أكبر ثمن ووافقت الوزارة المختصة على تفويضها إليه فكيف يجوز لها أن تدعى بعد هذا غبناً فاحشاً قد لحقها من هذا التفويض ؟

ثالثاً : قرار الاستغلال

٩٧ — أن الغاية التى رمى إليها المشرع من أثقال الأراضى الأميرية بحق التصرف غاية مزدوجة ، فقد أراد بترتيب هذا الحق أولا فائدة خزينة الدولة بما تحصل عليه من رسوم وأعشار وبدل ، وأراد فائدة المتصرف باعتباره فرداً من أفراد المجتمع . فتعطيل هذه الأراضى عن الإستغلال والإستثمار يعود بالضرر على الدولة وعلى المجتمع بأسره . ولهذا جعل المشرع ترك الاستغلال سبباً لضياع حق التصرف متى استطالت مدته ثلاث سنوات متواليات (م ١٢٣٣) فإذا عمد المتصرف إلى زراعة قسم من الأرض سنة ثم ترك زراعته وزرع القسم الثانى فى السنة التالية فإن الأرض لا تنحل ولو استمر على هذه الحال عشرين سنة مثلا . وكذلك الحال إذا ترك زراعتها سنتين ثم زرعها فى السنة الثالثة .

ويقرر النص السالف أنه إذا تركت الأرض من غير زراعة ثلاث سنوات متتالية فأنها تعرض مرة ثانية على المتصرف فإذا طلبها فوضت إليه ببدل المثل فإذا كان قدمات فوضت إلى من يخلفه من أصحاب حق الإنتقال والرأى عندى أن هذا الحكم حكم غير سليم فهذا متصرف فى أرض أميرية ترك إستغلالها من غير عذر ثلاث سنوات متواليات على الأقل فوجب من

تحت يده وأصبحت أرضاً أميرية صرفة لماذا تعرض عليه مرة أخرى فيفضل على غيره ؟ أما كان يجدر بالمشرع أن يقرر عرضها على غيره قبل عرضها عليه مرة أخرى ؟ .

ثم يعرض المشرع (فى المادة ١٢٣٤) أمثلة للأعذار كانغمار الأرض بالمياه أو وجوب أراحتها للزراعة ، وكوقوع المتصرف فى الأسر وكنقص أهليته ، وكخدمة المتصرف فى الجيش فى غير القرية التى فيها الأرض . وتقرر المادة (١٢٣٦) عدم جواز ضم مدة إهمال السلف إلى مدة إهمال الخلف وتضرب لذلك الأمثلة .

ونكتفى بما تقدم فى أسباب إنقضاء حق التصرف .

المبحث الرابع

أحكام ختامية

٩٨ — عرض المشرع العراقى فى هذه الأحكام الختامية بعض القواعد التى تتصل بالمصايف والمشاتى والضياع وبحق العقر وبالأوقاف غير الصحيحة ونحن نلخصها فيما يلى :

أما بالنسبة للمصايف والمشاتى فإننا نقول : إنها إما أن تكون خاصة بشخص معين وإما أن تكون مشتركة بين أهالى قرية أو أكثر . فى الحالة الأولى تعامل معاملة الأراضى الأميرية المفوضة بالطابو وفى الحالة الثانية تعتبر هذه الأراضى مالا مشتركا بين الأهالى (م ١٢٤٠) .

ولا يجوز أن تحال أرض قرية على شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة ما دام أهلها موجودين فيها بل تحال على كل شخص من الأهالى على حدة ويعطون سندات خاقانية تبين تصرفهم فيها . غير أنه إذا تشتت أهل القرية لأى سبب من الأسباب جاز إحالة هذه الأرض إلى شخص أو أكثر ليتخذها ضيعة (م ١٢٤١) وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة المتقدمة الضيعة تعريفاً يجعلها قرية مما يطلق عليه فى مصر لفظ (العزبة) .

وأما بالنسبة لحق العقر فقد جاء فى مقدمة (الفرمان العالى المتعلق

بالأراضى العقرية) والمعروف باسم (فرمان مدحت باشا) لأنه طبق فى العراق فى زمن هذا الوالى ما يأتى ، أن أغلب الأراضى فى القطر العراقى تدار بالالتزام ولا تفوض إلى أحد ، ولذلك ترى الملتزمين يهتمون بالاستفادة مدة التزامهم فقط ولا يالون بإعمار الأراضى ، فلم تتقدم الزراعة والفلاحة فيها . وكان من النتائج المضرة لهذه الطريقة أن الأراضى الواسعة فى القطر العراقى أصبحت خالية من آثار العمران . ولا شك أن كثرة الثروة وزيادة العمران فى الملك متوقف على تأمين حقوق الأهالى بالتصرف فيه ، ولم يزل إيصال أمر الزراعة والفلاحة فى ولاية بغداد إلى الدرجة المطلوبة منهما مما ترغب فيه ذاتى الملكية ، وأن إحدى الوسائل والأسباب المؤدية إلى ذلك الرقى هو إصلاح التصرف فى الأرض . ولذلك قرر فى بادئ الأمر إقطاع الأراضى المذكورة وإحالتها إلى طالبيها ، ولكن الصدمات والتقلبات التى اعترت البلاد منذ مائتى سنة سلبت من السكان القدرة المالية والقدرة على الزراعة والفلاحة ، فحدث أن أخذت أغلب الأراضى من أصحابها بانضمام موافقتهم وسلمت إلى الحكومة لتزرع الأرض فتعمر ويستفيد أصحابها منها . وهكذا صارت تدار زراعة تلك الأراضى بواسطة الحكومة على أن يترك لأصحابها فى العشرين وفى الخمسة والعشرين وفى الثلاثين واحد باسم العقر » .

وقد بقى الفرمان المذكور نافذاً إلى أن صدر قانون العقر رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٢ حيث طبق على الأراضى التى تمت تسويتها وبقى الفرمان مطبقاً على الأراضى التى لم تتم تسويتها . وقد أريد بهذا القانون الأخير التخلص من حقوق العقر وهو حق لا نظير له فى البلاد المتمدينة ، ولهذا أجازت المادة الثانية منه لصاحب الأرض فى أى وقت أن يتملك حقوق العقر لقاء تعويض نقدى يقدر رضاء فإذا لم يتم الاتفاق عليه فإن القانون يتولى تقديره بمقدار (١٥) ضعفاً من المعدل السنوى لحصة العقر عن الثلاث سنوات الأخيرة على ألا يقل عن (١٥) فلساً عن كل دونم

ويفهم من كل ما تقدم أن (صاحب العقر) هو مالك الأرض

أو المتصرف فيها والذى انتزعت منه هذه الأرض بناء على إهماله أو عدم قدرته على استغلالها وفوضت إلى من يستطيع ذلك على أن يستغلها ويدفع جزءاً من محصولها (١/٢٠ أو ١/٢٥ أو ١/٣٠) .

وقد اعتبر المشرع العراقى حق العقر من الحقوق العينية الأصلية ، وقد جرت دوائر الطابو على تسجيل حقوق العقر فى سجل خاص يسمى (مضبطة قومسيون الإعقار) .

وتقضى المادة (١٢٤٣) أنه « يجوز لصاحب الأرض الأميرية أن يستملك فى أى وقت حقوق العقر فيها لقاء تعويض نقدى يعطيه لأصحاب هذه الحقوق وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٣٢ » .

ويقصد بصاحب الأرض المالك فى الأراضى المملوكة ، وصاحب الطابو (أى المتصرف) إذا كانت الأرض مفوضة بالطابو وصاحب اللزمة إذا كانت ممنوحة باللزمة والحكومة إذا كانت الأرض أميرية صرفة .

لصاحب الأرض أن يرفع الأمر إلى المحاكم المدنية والمدعى عليه فى هذه الدعوى هم أصحاب العقر جميعاً على أن يكون حقهم مسجلا فى دوائر الطابو وللمحكمة أن تضيف فى أى وقت اسم أى شخص يظهر فيما بعد أن له حصة فى العقر . وحكم المحكمة قابل للتمييز فقط ثم يحصل المدعى على صورة من الحكم يقدمه لدوائر الطابو التى تقوم بتسجيله بعد انتهاء مدة التمييز .

وأما بالنسبة للأوقات غير الصحيحة فقد أشارت إليها المادة (١٢٤٨) ولشرحها نقول :

إن الوقف عبارة عن حبس العين والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر ولو فى المآل . والأصل أن الوقف لا يرد إلا على العقارات وقد يرد على المنقول استثناء فى حالة ما إذا كان تابعاً للعقار أو كان العرف قد جرى على وقفه كوقف الكتب والمصاحف والأسلحة . والوقف الذى ينصب على الأراضى قسمان وقف صحيح ووقف غير صحيح ، فالأراضى الموقوفة وقفاً

صحيحاً هى الأراضى المملوكة التى حبس المالك ملكيتها عن التصرف وتصدق بمنافعها على جهة من جهات البر ولو فى المآل . والأراضى الموقوفة وقفاً غير صحيح هى الأراضى الأميرية التى خصصت رسومها ومنافعها إلى جهة من جهات البر . فرقبة هذه الأراضى لا تزال ملكا للدولة ووقفها عبارة عن تخصيص حق التصرف فيها أو منافعها إلى جهة خيرية .

وقد يتناول وقف الأراضى الأميرية رسومها وإعشارها فقط ، وقد يقتصر على حق التصرف مع بقاء رسومها وإعشارها لخزينة الدولة وقد يشمل كلا من حق التصرف والرسوم والإعشار . وتسمى الأراضى الموقوفة وقفاً غير صحيح بالتخصيصات أو الارصاد .

وقد نص المشرع العراقى فى المادة المتقدمة (١٢٤٨) على أن الأحكام التى تسرى على الأراضى الأميرية تسرى كذلك على الأوقاف غير الصحيحة غير أن رسوم الإفراغ ورسوم الإنتقال وبدل المملوكات وغير ذلك من الرسوم تعود إلى جهة الوقف لا إلى خزينة الدولة .

ونكتفى بهذا القدر من الكلام عن الأحكام الختامية وبذلك ينتهى الكلام عن حق التصرف .

الباب الثالث

التسجيل العقارى فى العراق

(نظـام الطابو)

٩٩ – كانت الثروة العقارية منذ عهود سحيقة فى القدم محـلا لعناية المشرع الخاصـة ، ولهذا فقد حرص المشرعون على احاطة التصرفات التى على الملكية العقارية أو أى حق عينى عقارى بضمانات تتناسب مع هذه الأهمية وتكفى للفت نظر المتعاقدين إلى خطورة العمل الذى يقدمان عليه .

ولسنا نريد فى هذه المحاضرات الموجزة أن نتتبع تطور نظام التسجيل فى البلدان الأجنبية أو فى العراق وإنما نكتفى بالقول بأنه فى عام (١٨٥٨ م) أنشأت الدولة العثمانيه (نظارة) الدفتر الخاقانى لتسجيل الأموال غير المنقولة وفى عهد (مدحت باشا) تأسست مديرية (الطابو) فى العراق وفى عام (١٩٢٠) أصدرت حكومة الإحتلال البريطانى فى العراق بيان تحديد وتسجيل الأراضى رقم (٥٤) وعينت هيئتين لأجراء التسجيل أحداهما فى لواء ديالى وثانيتهما فى لواء الحلة غير أن الثورة العراقية (١٩٢١) أوقفت العمل بهذا البيان .

وحلا لمشكلات الأراضى وتسجيلها والمنازعات المستمرة بين واضعى اليد عليها إستدعت الحكومة العراقية (السر داوسن) الخبير فى شئون الأراضى فوضع تقريراً شاملا عن أراضى العراق وعلى ضوء هذا التقرير أصدرت الحكومة العراقية قانون (تسوية حقوق الأراضى) عام ١٩٣٢ (وقد عدل عام ١٩٣٨) كما أصدرت قانون تسجيل الأموال غير المنقولة رقم (٥٩) لسنة ١٩٣٥ الذى تقضى المادة الثانية منه بأن «معاملات الأموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى دوائر الطابو هى كل ما من شأنها

إنشاء حق تملك أو تصرف أو إنتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله كالبيع والفراغ والهبة والارث والإنتقال والتفويض والإستملاك والقسمه والإفراز والتوحيد والمبادلة والوصية والوقف والتأمين لقاء دين أو كفالة سواء نشأت عن عقود أو خلفية أو أسباب قانونية أو شرعية ».

وإستنادا إلى المادة الرابعة من هذا القانون صدر نظام الطابو رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٣ . وسنقتصر فى دراستنا على شرح بعض أحكام هذا النظام .

١٠٠ — تقرر المادة (١٧) من هذا النظام أنه « تتألف قيود الطابو من الأنواع الآتيه :

(١) القيود التى بذاتها لاتثبت الملكية بل تعتبر من الدلائل لاثباتها وإن الأموال غير المنقولة المقيدةفيها تكون تابعة لمراسم المجدد الاعتيادية وهى :

(ا) سجلات الأساس أو التحرير التمهيدى — التى نظمت أو تنظم عند فتح دائرة الطابو وقبل البدء فى المعاملات التصرفية ، أو التى نظمت بعد فتح دائرة الطابو أو بعد قبول المعاملات التصرفية وذلك لفرض تجديد شكل التحرير التمهيدى على أساس الوحدات الإدارية للألوية أو الأقضية أو النواحى أو القرى أو المقاطعات أو لأسباب أخرى تتطلبها تشكيلات دوائر الطابو .

(ب) قيود التحقق للتفتيش (اليوقلمة) المنظمة لأغراض الدائرة بغية وضع قيود عن الإملاك وعائديتها ؟ ! ضمن مناطق معينة وذلك تمهيداً لأعطاء سندات بالأموال غير المستحصل بها قبلا سندات حسب الأصول المتبعة وقتئذ .

(٢) القيود التى تفيد الملكية والتى لايمكن معارضتها (؟ !) أو إبطالها إلا بأمر المحكمة المختصة وهى : —

(ا) قيود التحصيل للتفتيش (اليوقلمة) التى تصدر منها سندات التملك بعد دفع رسومها ، وتكون عادة منقوله من قيود التحقق للتفتيش (اليوقلمة) .

(ب) القيود الدائمية : التى تسجل فيها معاملات وعقود التملك والتصرف التى تجرى اعتيادياً وتصدر منها السندات .

(ح) قيود الحاصلات : المصدقة والصادرة فى عهد الحكومة العثمانية عند فقدان سجلاتها الأصلية . وتعتبر صورها كالأصل أيضاً .

(ء) دفاتر الحاصلات : المصدقة والصادرة فى دورى الاحتلال والحكومة العراقية سواء بوجود قيودها أم بفقدانها .

(هـ) قيود التسوية : التى تسجل فيها معاملات الأحوال غير المنقولة الجارية تسويتها وفقاً لقانونها الخاص .

٣ – قيود العقود المؤقتة وهى :

(ا) قيود الرهن : التى سجلت فيها عقود الرهن الاعتيادى والبيع والإفراغ بالوفاء ، بالوكالة الدورية .

(ب) قيود الفك : التى تدون فيها معاملات فك الرهن أو البيع ، والإفراغ بالوفاء الجارية اعتيادياً .

(ح) قيود المداينات : التى تدون فيها عقود وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين ، مع فسخها بالطرق الاعتيادية .

(٤) القيود المختلفة والمدونة فيها الأنواع المبينة فى الفقرة (٢ – ب) والفقرة (٣ – أو ب) بالتعاقب . ويعتبر حكم كل نوع من المعاملات الداخلة فيها كحكم الصنف الذى تدخل ضمن شموله بمقتضى الفقرات المذكورة » .

١٠١ – ويفهم من نص المادتين الأولى والثانية من قانون تسجيل الأموال غير المنقولة فى الطابو أن التصرفات والأحكام التى يجب تسجيلها هى : (ا) تسجيل مالم يكن مسجلا من العقارات . (ب) التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية .

١٠٢ – (ا) تسجيل ما لم يكن مسجلا من العقارات : ويسمى هذا التسجيل بالتسجيل (المجدد) . وتقوم دوائر الطابو بتسجيل الأموال غير المنقولة

مجدداً بأسماء مالكيها الحقيقيين أو ورثتهم وإصدار سندات طابو بأسمائهم حسب القواعد المقررة فى نظام الطابو .

ويشترط أن تكون العقارات التى تخضع لهذا النوع من التسجيل .

(١) غير مسجلة سابقاً فى قيود الطابو .

(٢) مسجلة سابقاً ولكن قيودها وسنداتها مفقودة .

(٣) مسجلة سابقاً وسنداتها مفقودة وقيودها ممزقة ومشوهة بدرجة لا يمكن معها اتباع غير طريقة التسجيل المجدد .

(٤) مسجلة سابقاً وقيودها مفقودة وسنداتها أوصورها ممزقة أومشوهة أو غير مصدقة تصديقاً يمكن اتخاذه أساساً للتأييد .

(٥) إذا كانت القيود الموجودة ليست من القيود المعدة لإصدار سندات تملك منها كقيود التحقق أو الأساس (المادة ١٦٠ من نظام الطابو) .

ويجب أن يستند سبب التملك فى معاملات التسجيل المجدد إلى أحد الأمور الآتية :

(ا) الإرث (ب) الشراء أو الاتهاب (ح) الإنشاء أى الغراس أو البناء

وإذا كان السبب يستند إلى الإرث أو الشراء أو الاتهاب (الهبة) فيعتبر ذلك لمرتبة واحدة بالنسبة إلى المالك الأخير دون الرجوع إلى حلقة متسلسلة من المالكين الأولين . هذا إذا كانت مدة تصرف المالك الأخير تبلغ نصاب مرور الزمان ؛ وأما إذا نقصت عن ذلك فتضاف مدة تصرف المورث إلى الوارث والبائع أو الواهب إلى المشترى أو الموهوب له إلى أن تبلغ مدة التصرف النصاب القانونى حتى وأن أدى الأمر إلى الرجوع إلى أكثر من مرتبة واحدة (م ١٦٢ ن . ط)

وقد أراد المشرع بهذا النص الذى تشيع فى ثناياه الركاكة وعدم الدقة فى التعبير إنه يكتفى فى قبول طلب التسجيل المجدد من الوارث أو المشترى أو الموهوب له إذا كانت حيازته لهذا العقار قد استمرت مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بصرف النظر عن حيازة سلفه المورث أو البائع أو الواهب فإذا نقصت

مدة الحيازة (وقد أطلق عليها المشرع فى النص السالف لفظ التصرف ؟) عن المدة السالفة ضمت حيازة السلف إلى الخلف إلى الحد الذى تكمل به مدة وضع اليد المكسب للملكية (١٥ سنة) ولو أدى الأمر إلى الرجوع إلى حيازة سلف السلف .

١٠٣ – وقد فصل نظام الطابو بعد ذلك الإجراءات التى تتبع فى هذا النوع من التسجيل (التسجيل المجدد) . فقرر أن على من يطلب تسجيل العقار مجدداً أن يتقدم بعريضة إلى دائرة الطابو يحدد فيها هذا العقار ويبين أنه خاضع لهذا النوع من التسجيل فإذا تبين لمديرية الطابو أن العقار خاضع لهذا النوع من التسجيل فإنها تطلب من طالب التسجيل أن يحصل على بيان دقيق من مختار المحلة أو القرية أو المقاطعة يحتوى على حدود الملك وأوصافه والأسباب التى يستند إليها فى تملكه . وعلى هذا يقوم مدير الطابو بالكشف على العقار بحضور المختار والخبراء ويحرر تقريراً بنتيجة الكشف يوقعه مع المختار والخبراء .

وبعد انتهاء مراسم الكشف يعلن طلب التسجيل لمدة ثلاثين يوماً فينشر فى الجريدة الرسمية وفى إحدى الجرائد المحلية ثلاث مرات وتعلق نسخة من الإعلان على العقار وأخرى على لوحة الإعلانات فى دائرة الطابو . فإذا لم يقع اعتراض خلال هذه المدة أرسلت الأوراق إلى المجلس الإدارى المختص لأجل تصديق التسجيل ، فإذا صدق على التسجيل أعيدت الأوراق إلى مديرية الطابو العامة لتدقيقها فإذا تبينت صحتها أعادتها إلى الدائرة المختصة لقبض رسومها وتسجيلها وإذا وجدت فيها نقصاً أوصت باستكماله . وإذا كان التسجيل مجدداً يستند إلى حكم صادر من محكمة مختصة ومكتسب الدرجة القطعية ومنفذ إجرائياً فإن الحكم المذكور يتخذ أساساً للتسجيل دون حاجة إلى الإعلان أو مصادقة المجلس الإدارى .

وإذا وقع اعتراض على التسجيل مجدداً خلال مدة الإعلان (٣٠ يوماً) فإنه يجوز لدائرة الطابو أن تضرب موعداً للمعترض لا يزيد على ثلاثين يوماً

لمراجعة المحكمة ، وفى هذه الحالة توقف الدائرة معاملة التسجيل ، فإذا انتهت المدة المضروبة ولم يرد إشعار من المحكمة بالتأخير أوكان المعترض قد سحب اعتراضه قامت مديرية الطابو بإنجاز معاملة التسجيل من النقطة التى كانت قد وقفت عندها . أما إذا كان الاعتراض قد قدم بعد انتهاء مدة الإعلان فإنه لا يكون سبباً لتأخير معاملة التسجيل وإنما تبلغ مديرية الطابو المعترض بمراجعة المحكمة المختصة .

وإذا طلب التسجيل من لم يكن واضع يد على العقار واعترض على ذلك واضع اليد فإن هذا الاعتراض يحول دون التسجيل ويبلغ طالب التسجيل بمراجعة المحكمة لرفع يد المعترض أولا ، ولا حاجة فى هذه الحالة إلى تحديد مدة لمراجعة المحكمة . ولا يمنع ذلك من قبول طلب التسجيل إذا قدمه واضع اليد .

وإذا ثبت وضع يد كل من المعترض وطالب التسجيل وكان الطرفان يدعيان الاستقلال بالمال فإن دائرة الطابو تحيلهما إلى المحكمة المختصة للفصل فى هذا النزاع وتمتنع عن تسجيل العقار باسم أى منهما إلى حين الفصل فى الدعوى . وإذا ثبت وضع يد كل من طالب التسجيل والمعترض وكان أحدهما يدعى الاشتراك ويدعى الآخر الاستقلال بالمال فيوجه من يدعى الاشتراك إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً ، هذا إذا كان طالب التسجيل هو المدعى بالاستقلال ، أما إذا كان طالب التسجيل يدعى الاشتراك فإن دائرة الطابو تمتنع عن قبول التسجيل مالم يحصل المدعى من المحكمة على حكم يؤيد صحة ما يدعيه .

وإذا طلب التسجيل شخص واعترض آخر وادعى كل منهما وضع اليد وتعذر تعيين واضع اليد منهما فإن دائرة الطابو تحيلهما إلى المحكمة المختصة وتمتنع عن التسجيل إلى حين الفصل فى النزاع .

وإذا كان العقار مستقلا عن طريق الإرث وطلب قسم من الورثة التسجيل باسمهم مستقلا استناداً إلى الشراء من المورث أو من الورثة الآخرين

فلا يجوز التسجيل باسم قسم منهم بل يجرى التسجيل باسم الورثة جميعاً حتى ولو كان بعضهم غير واضع يد ، هذا إذا لم يكن بيد طالب التسجيل مستقلا مستندات رسمية تؤيد صحة الشراء أو كان باقى الورثة قد اعترفوا بصحة البيع والشراء فإذا كان بيده مثل هذه المستندات أو كان باقى الورثة قد اعترفوا بصحة البيع فإنه يجوز تسجيل العقار باسم طالب التسجيل وحده .

وإذا طلب تسجيل عقار مجدداً وظهر أنه مقسوم بين الشركاء قسمة خارجية وقد استقل كل فريق بما أصابه ومضت على القسمة المذكورة خمس عشرة سنة وكان كل قسم قائماً بحدوده حسب العرف المحلى ، يسجل ذلك القسم مجدداً بأسماء أصحابه ويستوفى رسم المجدد فقط ، وإذا اعترض أحد المتقاسمين مدعياً دوام الشيوع فإنه يبلغ بمراجعة المحكمة خلال ثلاثين يوماً . وإن لم يرد إشعار من المحكمة خلالها يستمر فى إجراء التسجيل . (انظر المواد ١٦٠ — ١٨٣ من نظام الطابو) .

١٠٤ — (ب) تسجيل الأسباب والتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية:
قلنا أن المادة الثانية من قانون التسجيل تنص على أن « معاملات الأموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى دائرة الطابو هى كل ما من شأنها إنشاء حق تملك أو تصرف أو انتقال أو تقييد تصرف أو تغييره أو زواله » . وقد فصل نظام الطابو فى الباب الثانى منه هذه الأسباب والتصرفات التى يجب تسجيلها . ونحن نلخص هنا أهم أحكام هذا النظام .

١٠٥ — البيع والإفراغ : ينظم لكل عقار يراد بيعه أو إفراغه رضاء فى دائرة الطابو (بيان) مصدق من هيئة المحلة أو المقاطعة يتضمن :

(ا) أوصاف المال ، كالحدود والمساحة والجنس والنوع والرقم واسم الوحدة الإدارية والموقع والشارع وما إذا كان مستقلا أو شائعاً ، وفى حالة الإفراغ يؤيد أن المال لم يترك أو يعطل من الزراعة مدة تزيد على ثلاث سنوات .

(ب) هوية المتعاقدين الكاملة كالإسم والشهرة والجنسية .

(حـ) مقدار البدل وما إذا كانت هناك شروط أخرى تخص البدل أو تحل محله . وإذا كان الإفراغ بدون بدل فيجب أن يذكر هذا فى البيان . وإذا كان البائع أو المفرغ قد عين بدلا واحداً فى الوكالة لأكثر من مال واحد يجب تعيين بدل كل مال على حدة بالاتفاق بين الوكيل والمشترى أو المفرغ له . ولا تسرى هذه القاعدة على وكيل المشترى أو المفرغ له مالم يفرقها الموكل نفسه أو من يقوم مقامه قانوناً .

(ء) عدم وجود محذور أو مانع من إجراء العقد كالصغر والجنون والحجر والإفلاس والوفاة هذا إذا لم تكن هناك وكالة يتعلق بها حق الغير (م ٣٩ من نظام الطابو) .

ويلاحظ أن الفقرة (ج) من المادة السالفة تشير إلى حالة إبرام العقد بطريق الوكالة وهى تفرق فى هـــذا بين الوكالة عن البائع والوكالة عن المشترى . فإذا وكل البائع غيره لإبرام عقد البيع أو الإفراغ وكان العقد قد انصب على عدة عقارات بيعت صفقة واحدة بثمن مسمى لها جميعاً جملة واحدة ، فإن الفقرة السالفة تتطلب بيان بدل كل عقار على حدة وتعطى للوكيل بالاتفاق مع المشترى تسمية بدل كل منها .

أما إذا وكل المشترى غيره فإن الفقرة السالفة لا تعطى للوكيل مثل هذا الحق وإنما لا بد من الرجوع إلى المشترى نفسه أو نائبه . وهذا الحكم منتقد إذ ما هو السند القانونى الذى استند إليه واضع (النظام) فى لزوم بيان ثمن كل عين إذا كانت بضعة عقارات قد بيعت أو أفرغت جملة واحدة وبصفقة واحدة بثمن إجمالى لها جميعاً ؟ هل أراد المشرع بهذا النص النزول عند إرادة موظفى دائرة الطابو والتخفيف عنهم حتى لا يحاروا فى بيان ثمن كل عين أمام سجلها المخصص لها ، وهل يصعب حقيقة على موظفى الطابو أن يثبتوا أمام كل عين أن ثمنها وثمن العين المرفقة كذا قدره (كذا!) ديناراً ؟ . وما هى الحكمة من معاملة وكيل البائع ووكيل المشترى معاملة مختلفة ؟ ويلاحظ من جهة أخرى أن المادة السالفة تشترط مصادقة هيئة المحلة أو القرية أو المقاطعة

على (البيان) الذى يتقدم به البائع أو المفرغ وهو شرط لا محل له .

وعلى دائرة الطابو (بعد تسلمها البيان السالف) أن تدقق قيد العقار وسجله للتأكد من صحة البيان ، ومن عدم وجود ما يمنع العقد كالحجز والرهن والتأمين والتأخير أوكون البائع أو المفرغ مفلسا ولم يصالح أرباب ديونه (؟) أو كان المال ممنوحاً باللزمة ويتطلب مصادقة السلطة الإدارية ، أو كان واقعاً فى إحدى مناطق التسوية التى لم تنته فيها أعمال التسوية بدون إذن السلطة المختصة على أن تشرح نتيجة التدقيق فى الأوراق ويصدقها الموظف أو الموظفون المسئولون ، وللدائرة أن ترفض طلب البيع أو الإفراغ إذا ظهر لها :

(ا) عدم إمكان بيع المال أو إفراغه لوجود شائبة فيه أو لتوقيف قيده من أجل نقص يستلزم التوقيف أو لأسباب أخرى .

(ب) عدم إمكان قبول تصرفات البائع أو المفرغ .

(ح) عدم إمكان قبول تصرفات المشترى أو المفرغ له (م ٤٠ ن. ط) .

هذا وأحب أن ألفت النظر إلى أن كلا من الرهن التأمينى والرهن الحيازى لم يعد سببا يحول دون إبرام عقد البيع أو الإفراغ ، فقد قررت المادة (١٢٩٥) بالنسبة للرهن التأمينى ، والمادة (١٣٣٤) بالنسبة للرهن الحيازى ، جواز تصرف المدين الراهن بالعين المرهونة وحفظت حق الدائن المرتهن بأن جعلت هذا التصرف لا يؤثر فى حقه .

وتقرر المادة (٤١) من نظام الطابو أنه « يتم عقد البيع أو الإفراغ باعتراف الطرفين المتعاقدين بالإيجاب والقبول بحضور موظف الطابو المسئول وحضور شاهدين على الأقل يشهدان العقد ويعرفان شخصية المتعاقدين . ويصدق هؤلاء جميعهم شرح الاعتراف الواجب تدوينه على الأوراق والسجل .

وإذا كان الاعتراف واقعاً خارج الدائرة يجرى التصديق على الأوراق فقط ، أما السجل فيصدقه الموظف الذى قام بأخذ الاعتراف ، وتتبع

القواعد القانونية العامة بشأن الشهود وشهاداتهم » .

وتعرض المادتان (٤٢ و٤٣) لأخذ الاعتراف بطريق الاستنابة ، ومدى مسئولية الدائرة التى قامت بأخذ الاعتراف عن صحة البيانات . وتقرر المادة (٤٤) حالة ما إذا توفى من رسا عليه المزاد قبل أن يتم التسجيل فى دائرة الطابو فتجيز التسجيل باسمه أو باسم ورثته مباشرة ، وفى هذه الحالة يستوفى رسم البيع أو الإفراغ على حسب الأحوال دون رسم الانتقال ، وتقرر المادة (٤٥) أنه لا يجوز لموظف الطابو أن يقبل الشراء أو التفرغ لنفسه أو لأولاده أو لأقاربه الذين لا تجوز شهادتهم له قانونا ، ويجوز أن ينوب عنه فى أخذ الاعتراف موظف آخر من دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٦) أنه لا يجوز قبول البيع أو الإفراغ على المحدثات دون الأرض أو بالعكس ، إذا كانتا مسجلتين فى قيود الطابو تسجيلا لا يختلف معه اشتراك صاحب الأرض عند صاحب المحدثات . أما إذا كانتا مسجلتين ولكن يوجد اختلاف فى الأسماء أو فى مقادير السهام والحصص بين الأرض والمحدثات فيجوز إجراء المعاملة على إحداهما دون الأخرى إذا كانت تلك المعاملة تؤدى أو تمهد السبيل إلى تساوى الأسماء ومقادير الحصص والسهام بينهما .

والرأى عندى أن هذه المادة تتعارض مع أحكام القانون المدنى ولهذا فإنها تعتبر ملغاة ، وذلك أنه ليس فى بيع المنشآت دون الأرض ما يخالف النظام العام أو الآداب فهو عقد صحيح ، هذا عن المنشآت أو المحدثات القائمة بالفعل ، أما تلك التى ستنشأ على الأرض فلا مانع كذلك من تسجيلها باسم شخص آخر غير مالك الأرض على سبيل المساطحة ، فقد قررت المادة (١٢٦٦) أن هذا الحق يخول صاحبه حق إقامة بناء أو منشآت على أرض الغير بمقتضى اتفاق يحدد حقوق هذا المساطح والتزاماته وأنه يجب تسجيل هذا الحق فى دائرة الطابو .

وتقرر المادة (٤٧) من نظام الطابو أن البيوع والإفراغات بالمزايدة

التى تقوم بها الدوائر الرسمية المخولة إذا طلب تسجيلها فى دائرة الطابو وظهر أن قيودها مفقودة أو أن بعضها غير مسجل أو تابعة لمراسم قانونية أخرى فإنه يجب إكمال تلك النقاط قبل التسجيل . وإذا تعذر إكمالها أو كان الإكمال يتعارض مع طلب التسجيل ؛ فعلى دائرة الطابو أن تبلغ ذوى العلاقة وتدعوهم إلى مراجعة المحكمة خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوما ، وإذا لم يرد إشعار من المحكمة المختصة فإنه يجب إتمام التسجيل طبقاً للطلب .

وتقرر المادة (٤٨) أن على دوائر الطابو أن تتأكد من جنسية المشترى أو المفرغ له ، ولها أن تكلفه بإبراز وثائق رسمية تبين جنسيته الصحيحة . وأن العقود والمعاملات الجارية باسم شخص باعتباره عراقياً ، وظهر أنه (يعتنق) ! ! جنسية أخرى أجنبية تبطل ويعاقب الفاعل وفق ما تقضى به القوانين المرعية .

١٠٦ — الإرث والانتقال : تقرر المادة (٥٣) أنه تجرى معاملات الإرث فى دائرة الطابو على :

١ — جميع الأموال غير المنقولة التى هى ملك صرف .

٢ — المسقفات والبساتين المحدثة قبل نشر قانون التصرف بالأموال غير المنقولة على أرض أميرية مفوضة أو موقوفة من قبيل التخصيص ، ويبقى هذا الصنف محتفظاً بنوعه المذكور لغرض الإرث مهما تكرر هدم البناء وقطع الأشجار وتجديدهما أو استبدالهما قسما أو كلا بنوع آخر من المحدثات بشرط أن تكون الفترة التى تمر بين الهدم والقطع وبين التجديد معقولة حسب العرف المحلى . وإذا بقيت الأرض خالية بدون مبرر يتطلبه عمل التجديد ينظر فى أمر انتقالها حسب المادة ٥٤ مالم يتحقق خلاف ذلك .

٣ — المسقفات والبساتين الموقوفة من نوع ذات المقاطعة المحدثة على الأرض الموقوفة وقفاً صحيحا .

٤ — الحصة العقرية .

وبعد أن عرضت المادة السالفة للأموال التى تخضع لقواعد الميراث عرضت المادة (٥٤) للأموال التى تخضع لقواعد الانتقال ، إذ تقرر هذه المادة الأخيرة أنه « تجرى معاملات الانتقال فى دائرة الطابو على :

١ — الأراضى الأميرية المفوضة .

٢ — الأراضى الأميرية الممنوحه باللزمة .

٣ — الأراضى الأميرية الموقوفة رسومها وقفاً غير صحيح .

٤ — المسقفات والمستغلات الموقوفة ذات الإجارتين .

٥ — المسقفات والبساتين المحدثة بعد نشر قانون التصرف على الأرض الأميرية المفوضة أو الموقوفة وقفاً غير صحيح .

وتقرر المادة (٥٨) أنه « تتبع المراسم التالية لغرض تسجيل معاملات الإرث والانتقال :

١ — على ذوى العلاقة أن يبرزوا قساماً شرعياً أو وثيقة قانونية حسب مقتضى الحال ، وسند المال أو صورة قيده ويرفقوهما ببيان مصدق من هيئة المحلة أو القريه أو المقاطعة متضمناً أوصاف المال وأسماء المتوفين وورثتهم أو أصحاب حق انتقالهم (؟!) والسهام والحصص المطلوب إجراء المعاملة عليها ورقم وتاريخ القسام أو الوثيقة وإسم المحكمة التى أصدرتها .

٢ — يجوز الإستغناء عن البيان والإكتفاء بالقسام والوثيقة عندما يكون الطلب مستنداً إلى مذكرة رسمية كالانتقال أو الأرث اللذين يجريان ضمن معاملات إزالة الشيوع والبيوع والإفراغات الإجرائية والاستملاكية ويجوز لمثل هذه الأغراض أيضاً تأجيل تسجيل الإرث والانتقال لغير الطالبين ، وتجرى مراسيم البيع أو الأفراغ بالمزايدة أو الاستملاك إستناداً إلى القسام أو الوثيقة مع سند المال أو صورة قيده ، وتكون المحكمة أو الدائرة القائمة بالمزايدة أو الاستملاك مسئولة عن إستيفاء رسوم الإرث والإنتقال وتفرعاتها إذا وجدت وإرسالها إلى دائرة الطابو . ويكون كل وارث أو صاحب حق إنتقال مسئولا عما يصيب استحقاقه من الرسوم ،

ويجرى تسجيل الأرث والانتقال مع البيع والإفراغ بالمزايدة أو الاستملاك فى وقت واحد حسب القواعد المقررة .

٣ — على دائرة الطابو أن تفحص القيد والاضبارة لكل مال غير منقول وتتأكد من عدم وجود ما يمنع تسجيل المعاملة أو يؤخرها ، وفى حالة الانتقال تقوم بالتقسيم طبقاً للوثيقة القانونية ثم تستوفى الرسوم القانونية ويتم التسجيل .

وتقرر المادة (٥٩) أنه يجوز إجراء معاملة الإرث والانتقال على المال المؤمن أو المحجوز إذا كان فى ذلك ما يساعد على تسهيل مهمة فك التأمينات أو رفع الحجز ، ويشترط أن يبقى المال محبوساً ولا تجرى عليه معاملة أخرى ما لم يرد الدين أو يرفع الحجز .

وأحب أن ألفت النظر هنا إلى أن واضع هذا النظام أراد بلفظ (المال المؤمن) العقار المثقل برهن تأميني وشتان بين تعبيره وقصده ! كما ألفت النظر كذلك إلى أن هذه المادة تجيز إجراء تسجيل معاملة الإرث أو الانتقال على المال المرهون على شرط أن يكون ذلك مما يساعد على تسهيل فك الرهن ، وهذا الحكم يتعارض مع أحـــكام القانون المدنى إذ يجب وفقاً لفقه هذا القانون إجراء معاملة تسجيل الإرث أو الانتقال بصرف النظر عما إذا كان هذا التسجيل يؤدى إلى تسجيل فك الرهن أو لا يؤدى إليه . ولا يرد علينا بأن القاعدة المقررة فى المواريث أن لا تركة إلا بعد سداد دين وأن الموت سبب لسقوط الآجال وحلول الديون لأننا نقول أن الموت فى هـذه الحالة لا يكون سبباً لحـلول دين الدائن مادام دينه مضموناً بتأمينات عينية (م ٢٩٦) .

١٠٧ — ثم شرح نظام الطابو بأسلوبه الركيك وعباراته الغامضة تسجيل معاملات الاستملاك (نزع العقار للنافع العامة) والهبة .والصلح، والتخارج والوصية ، والوقوف ، والافراز ، والتوحيد والقسمة ، والمبادلة (المقايضة) ونحن نكتفى بالنصوص التى أوردناها فيما تقدم .

ولكننا نحب أن نلفت النظر إلى المادة (٦٦) من النظام المذكور التى تقرر فى الفقرة الأولى منها أنه « إذا كان نوع أرض المال غير المنقول ومحدثاته ملكاً صرفاً فلا يجوز أن تسجل هبة الأرض دون المحدثات أو بالعكس أو على نسبة غير متساوية من الأرض والمحدثات مالم يكن القصد من إجرائها تساوى حقوق الموهوب له فى الأرض والمحدثات » . والرأى عندى أن هذه الفقرة تتعارض مع أحكام القانون المدنى ولهذا فإنها تعتبر ملغاة ، وذلك لأن المادة (١٠٤٩ / ٣) من القانون المدنى تقرر أنه « يجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية مافوقها أو ما تحتها » . وهذا الإتفاق الذى تنفصل به ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها قد يأخذ صورة عقد هبة ، ومعنى هذا أنه يجوز بمقتضى عموم نص المادة السالفة هبة المحدثات أو المنشآت المقامة على الأرض مع الاحتفاظ بملكية الأرض .

هذا بالنسبة للمنشآت القائمة بالفعل ، أما تلك التى ستنشأ على الأرض فلا مانع كذلك من تسجيلها باسم شخص آخر غير مالك الأرض على سبيل المساطحة ، فقد قضت المادة (١٢٦٦) أن هذا الحق يخول صاحبه إقامة بناء أو منشئات على أرض الغير بمقتضى إتفاق يحدد حقوق هذا المساطح والتزاماته وأنه يجب تسجيل هذا الحق فى دائرة الطابو .

١٠٨ — ويحق لنا بعد هذا أن نتساءل عما إذا كان من اللازم تسجيل العقد الذى يراد به إنشاء حق من حقوق الارتفاق .

لا خلاف فى فقه القوانين الغربية وفى فقه القانونين المصرى والسورى على وجوب تسجيل حقوق الإرتفاق ولكن ما هو موقف التشريع العراقى فى هذه المسألة ؟ .

أحب أن ألفت النظر هنا إلى الأمور الآتية :

١ — ليس فى القانون المدنى العراقى نص يحتم تسجيل العقود التى يراد بها إنشاء حق ارتفاق .

٢ ــ لم يلغ القانون المدنى العراقى قانون تسوية حقوق الأراضى رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ وتعديلاته ، وينص هذا القانون الأخير فى المادة الثالثة منه على أن مهمة التسوية تتناول « تثبيت الحقوق المتعلقة بالأراضى كحقوق العقر والمرور والمجرى والشرب .... وتعيين عائدية هذه الحقوق والعلاقات؟ وينص فى الفقرة (٢) من المادة (١٣) على أنه « تسجل الحقوق المتعلقة بالأراضى كالعقر والمرور والمجرى وحق الشرب والمسيل باسم ذوى العلاقة الذين تتوفر لديهم وثائق أو دلائل كافية » .

٣ ــ أن قانون أصول تسجيل الأموال غير المنقولة فى الطابو وهو قانون لم يلغه القانون المدنى كذلك ، يقرر فى المادة الثانية منه « أن معاملات الأموال غير المنقولة التى يجب أن تجرى وتسجل فى دوائر الطابو هى كل ما من شأنها إنشاء حق تملك أو تصرف أو إنتقال أو تقييد أو تغييره أو زواله ، كالبيع وأنواع الهبة والإرث والانتقال والتفويض والاستملاك والقسمة والافراز والتوحيد والمبادلة والوصية والوقف والتأمين لقاء دين أو كفالة » .

٤ ــ تقضى الفقرة الأولى من المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بأنه « تكون العبرة للتعامل القديم فيما يختص بحقوق الشرب والسق والمجرى والمسيل والمرور » وأنه لايجوز تسجيل أى حق من الحقوق المذكورة إذا لم يكن مستنداً إلى وثائق قانونية صالحة لاتخاذها أساساً للتسجيل أو تسجيل حقوق مخالفة للوثائق القانونية أو حذف أى حق من الحقوق المذكورة التى سبق تدوينها فى قيود الطابو حتى وأن تغير أو ترك ذلك الحق مالم يقترن الأمر بحكم من المحكمة المختصة أو باتفاق جميع ذوى العلاقة فى القضايا التى يجوز فيها الاتفاق .

ويحق لنا بعد أن سقنا هذه النصوص المختلفة أن نتساءل مرة أخرى عن موقف المشرع العراقى من تسجيل حقوق الارتفاق ؟

إن القانون المدنى أغفل الإشارة إلى تسجيل العقد المنشىء لحق الارتفاق

على خلاف موقفه من حق المساطحة مثلا الذى نص صراحة على وجوب تسجيله (م ١٢٦٦/٢) والمادة الثانية من قانون تسجيل الأموال غير المنقولة ليست من السعة بحيث تتناول حقوق الارتفاق ، غير أن المادة الثالثة من قانون التسوية تقرر وجوب تثبيت حقوق الارتفاق التى تضرب لها بعض الأمثلة ، وكذلك الحال بالنسبة المادة الثالثة عشرة من القانون المذكور ، وتقرر المادة (٢٤٧) من نظام الطابو بأن العبرة تكون للتعامل القديم فيما يتصل بحقوق الارتفاق .

وأمام هذه النصوص المبهمة وهذا الموقف المائع من المشرع نقرر أن دائرة الطابو مرتبطة ومقيدة بسجلات الدائرة وسجلات التسوية التى تعتبر متممة ومكملة لها ، فالسجلات المنصوص فيها على حق من حقوق الارتفاق لابد من تسجيل كل تغيير أو نقل أو زوال يلحق هذا الحق ، بل إننى أذهب إلى القول بأنه يجب تسجيل حقوق الارتفاق متى كان العقار المثقل به والمنتفع منه مسجلين فى دائرة الطابو ، فإذا لم يكن العقار مسجلا فإنه لا حاجة إلى تسجيل حقوق الارتفاق التى تكون له أو عليه وإذا حصل نزاع على وجود أو نفى حق ارتفاق على عقار من هذه العقارات فإن المحكمة المختصة تفصل فى هذا النزاع بحسب التعامل القديم ، ويجوز أن يستند هذا التعامل إلى سند رسمى أو سند عرفى بل إلى مجرد الشهادة وكل هذا إذا لم تكن هذه الأدلة مخالفة للسجلات الرسمية .

الفهرست

الفصل الثالث

التسجيل العقارى فى العراق



[تم بحمد الله وحسن توفيقه طبع كتاب : « محاضرات في القانون المدني العراقي » في مطبعة الرسالة بالقاهرة في يوم الأحد ٢٩ من جمادى الأولى سنة ١٣٧٤ هـ — الموافق ٢٣ يناير سنة ١٩٥٥ م] .

مدير المطبعة

عبد الحميد علي حسن

